

Boletín del Ministerio Público

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

9

I. FALLOS

Juzgados de Garantía

Declara que el plazo de detención del artículo 39 de la ley 20.000, en concordancia con el artículo 9° del Código Procesal Penal, no vulnera los artículos 131 y 132 del mismo Código. **Tribunal de Garantía de Graneros**, once de mayo de dos mil cinco.

13

Declara que la ley no contempla una consecuencia jurídica por no formalizar la investigación en el plazo señalado por el Juez. **Tribunal de Garantía de Iquique**, veintitrés de noviembre del año dos mil cinco.

16

Acoge el acuerdo reparatorio alcanzado por los intervinientes en la audiencia de formalización por un cuasidelito de homicidio. **Juzgado de Letras y Garantía de Chile Chico**, nueve de diciembre de 2005.

18

Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

Afirma que la credibilidad de un testimonio no es determinable por un perito, sino que es parte de la labor propia del rol que los jueces ejercen en la audiencia del juicio oral. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua**, catorce de septiembre de dos mil cinco.

21

Estima que la agravante del artículo 368 del Código Penal se satisface por estar en el hecho a cargo del menor, no requiriendo la tutoría o cuidado legal. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua**, veinte de diciembre de dos mil cinco.

38

Recuerda que no es el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal el llamado a determinar o exigir determinada prueba, pues su rol lo obliga a aceptar lo que se le ofrece o rinde. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique**, diez de diciembre del año dos mil cinco.

63

Destaca que la coherencia necesaria entre los distintos testimonios prestados en el juicio no dice relación con tener que ser exactos, resultando igualmente suficientes con disconformidades accesorias. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique**, veintisiete de diciembre del año dos mil cinco.

76

Declara que un delito se encuentra en grado de tentado desde que se realiza cualquier acción directa, unívoca y eficaz para la ejecución del ilícito. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán**, diecinueve de noviembre de dos mil cinco.

92

Cortes de Apelaciones

- Declara que la sentencia del juicio oral en lo penal constituye un todo indivisible, por lo que no procede anular sólo respecto de un delito o un imputado. **Corte de Apelaciones de Valparaíso**, diez de junio de dos mil cinco. 99
- Señala que la única forma de absolver es que no se presente prueba, porque de haberla, aunque sea mínima, el Tribunal debe ponderarla pudiendo considerarla suficiente para condenar. **Corte de Apelaciones de Valparaíso**, veintidós de junio de dos mil cinco. 101
- Señala que siendo el auto de apertura del juicio oral una sentencia interlocutoria de 2º clase, no puede el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal desconocer las convenciones probatorias que éste contenga con el pretexto de lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal. **Corte de Apelaciones de Valparaíso**, veintinueve de junio de dos mil cinco. 104
- Declara que el veredicto dictado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal es una sentencia interlocutoria del segundo grado, por ende, y en virtud del desasimio del Tribunal, no anulable por éste. **Corte de Apelaciones de Talca**, diecisiete de enero de dos mil seis. 108
- Declara que el Ministerio Público ejerce soberanía y facultades de imperio de manera permanente y continua, debiendo considerarse autoridad. **Corte de Apelaciones de Valparaíso**, diez de agosto de dos mil cinco. 112
- Declara que los fiscales son una autoridad que representa a la sociedad en la persecución penal pública, susceptibles de ser el sujeto pasivo del delito de amenazas de los artículos 264 y 266 del Código Penal. **Corte de Apelaciones de Santiago**, treinta y uno de enero de dos mil seis. 119
- Declara que el hecho de resultar cambiados los roles de los imputados no afecta el principio de congruencia, porque igualmente ellos caen dentro del concepto de autor del artículo 15 del Código Penal. **Corte de Apelaciones de Valparaíso**, veintidós de agosto de dos mil cinco. 122
- Señala que frente a la declaración de ilegalidad de una detención, resulta ilegal, también, la prueba derivada de ella, resultando con ello impedida la continuación del proceso. **Corte de Apelaciones de Santiago**, veintidós de noviembre de dos mil cinco. 125
- Estima facultada a la asistente del Fiscal para actuar en la primera audiencia judicial del detenido. **Corte de Apelaciones de Rancagua**, veintiocho de noviembre de dos mil cinco. 126
- Señala que en virtud del artículo 132 inciso 1º, en relación con el artículo 393 bis, el abogado asistente del fiscal se encuentra habilitado para requerir de acuerdo al artículo 391, artículos todos del Código Procesal Penal. **Corte de Apelaciones de San Miguel**, veintiocho de diciembre de dos mil cinco. 127

- Declara que la decisión absolutoria en base a la ilicitud de la prueba resulta improcedente si previamente las partes no han debatido sobre ella. **Corte de Apelaciones de La Serena**, veintinueve de noviembre de dos mil cinco. 130
- Declara admisible el recurso de queja en contra de las juezas del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal por la sentencia condenatoria dictada en reemplazo de una sentencia previa anulada, pero rechaza el recurso por la prevalencia del artículo 387 del Código Procesal Penal por sobre el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales. **Corte de Apelaciones de Talca**, catorce de diciembre de dos mil cinco. 133
- Declara que la presentación de una querrela suspende la prescripción penal en los términos del artículo 96 del Código Penal. **Corte de Apelaciones de La Serena**, catorce de diciembre de dos mil cinco. 139
- Declara que al tenor del artículo 96 del Código Penal cualquier acto procesal es suficiente para suspender la prescripción. **Corte de Apelaciones de Arica**, cuatro de enero de dos mil seis. 141
- Declara que no procede pretender dejar sin efecto una resolución judicial, respecto de la cual proceden los recursos procesales que la misma ley establece, mediante el recurso de amparo. **Corte de Apelaciones de La Serena**, veinte de diciembre de dos mil cinco. 146
- Estima que la constancia en el acta respectiva de haber declarado el imputado en “conocimiento de sus derechos”, cumple con la exigencia del artículo 93 del Código Procesal Penal. **Corte de Apelaciones de La Serena**, veintidós de diciembre de dos mil cinco. 150
- Declara inadmisibles los recursos de apelación contra la resolución que declaró ilegal una detención. **Corte de Apelaciones de La Serena**, veintitrés de diciembre de dos mil cinco. 152
- Declara que contra la declaración de ilegalidad de una detención procede entablar el recurso de apelación. **Corte de Apelaciones de Santiago**, veintisiete de diciembre de dos mil cinco. 153
- Declara legal la detención de los imputados por haber sido sorprendidos en situación de flagrancia. **Corte de Apelaciones de Santiago**, veintisiete de diciembre de dos mil cinco. 155
- Distingue entre ser conducido el detenido a la presencia del juez con inicio de la audiencia, siendo lo primero lo relevante para ver el cumplimiento del plazo de 24 horas del artículo 131 del Código Procesal Penal. **Corte de Apelaciones de Valdivia**, dos de enero de dos mil seis. 159
- Estima que ser el imputado recurrente por tercera vez en un delito de la misma especie implica la existencia de un interés prevalente que impide aprobar un acuerdo reparatorio. **Corte de Apelaciones de La Serena**, veintitrés de diciembre de dos mil cinco. 165

Acoge el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, condenando al acusado como autor del delito de robo por sorpresa. **Corte de Apelaciones de Santiago**, veintisiete de diciembre del año dos mil cinco. 166

Rechaza, en voto dividido, el recurso de queja presentado por el Ministerio Público en contra de un Juez de Garantía por su forma abusiva de actuar. **Corte de Apelaciones de Santiago**, dos de enero de dos mil seis. 169

Corte Suprema

Rechaza el amparo deducido por la Defensa por encontrarse la detención del condenado ajustada a derecho, de acuerdo a lo establecido en los artículos 467 y siguientes en relación con el artículo 154 letra c) del Código Procesal Penal. **Corte Suprema**, cinco de octubre de dos mil cinco. 173

Declara que el Ministerio Público, como parte litigante en el proceso penal, también está amparado por la garantía del debido proceso. **Corte Suprema**, quince de noviembre de dos mil cinco. 175

Declara que la preparación de los testigos, previo a su declaración en el juicio oral en lo penal, no resulta una actividad ilícita, sino necesaria. **Corte Suprema**, treinta de noviembre de dos mil cinco. 181

II. SENTENCIAS COMENTADAS

Fallo de nulidad de la C.S., de 6.12.2005, en caso de conducción en estado de ebriedad.
Silvia Peña Wasaff 187

Comentario sobre fallo de la Corte de Concepción relativo a Tribunal competente para conocer del quebrantamiento de condena.
Silvia Peña Wasaff 191

Prueba en el Procedimiento Abreviado.
Silvia Peña Wasaff 194

Error de prohibición en el delito de violación impropia del artículo 362 del Código Penal.
Francisco Soto Donoso 203

III. ARTÍCULOS

Ministerio Público y contienda de competencia: sentencias de la Corte Suprema.
Raúl Tavolari Oliveros 221

La Víctima en la Reforma Procesal Penal y en la Jurisprudencia.
Pedro Corti Ortiz 235

Comentarios sobre el Art. 4° de la Ley 20.084.

María Elena Santibáñez Torres

Silvia Peña Wasaff

254

La reincidencia como agravante de responsabilidad penal.

Andrés Pacheco Bastías

259

PRÓLOGO

Transcurrido un tiempo desde la incorporación de la Región Metropolitana al nuevo Sistema Procesal Penal, tenemos el agrado de entregar a nuestros lectores el último Boletín del Ministerio Público del año 2005, que contiene, entre otros, fallos de los tribunales del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal de Santiago.

En esta oportunidad, destaca una sentencia de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, que fallando un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia del Juez de Garantía que absolvió al imputado por los cargos de autor del delito de amenaza de autoridad en contra de un fiscal adjunto, declara que los fiscales son una autoridad que representa a la sociedad en la persecución penal pública, susceptibles de ser sujeto pasivo del delito de amenazas de los artículos 264 y 266 del Código Penal.

En lo que toca a comentarios sobre fallos relevantes, se presenta un interesante análisis sobre la prueba en el Procedimiento Abreviado.

En la sección de artículos, se incluye un informe en derecho que analiza dos resoluciones de la Ex. Corte Suprema referidas a controversias suscitadas entre órganos del Estado y cuyas decisiones plantean la cuestión de si puede haber "contienda de competencia" entre un Fiscal del Ministerio Público y un Tribunal con competencia penal.

En fin, nuestro Boletín pretende continuar su aporte a la difusión del debate jurídico sobre temas relevantes vinculados a la operación, desarrollo y consolidación de nuestro sistema persecutorio. Como siempre, quedamos a disposición de la comunidad jurídica y agradecemos una vez más sus valiosos comentarios.

Fiscalía Nacional del Ministerio Público



I Fallos

JUZGADOS DE GARANTÍA

- **Declara que el plazo de detención del artículo 39 de la ley 20.000, en concordancia con el artículo 9° del Código Procesal Penal, no vulnera los artículos 131 y 132 del mismo Código.**

Tribunal: Tribunal de Garantía de Graneros.

Resumen:

En audiencia de control de garantías, la Defensa solicitó la nulidad de la resolución del Juez de Garantía que amplió el plazo de la detención por estimar que excedía el máximo legal. Argumentó, al efecto, que el artículo 131 del Código Procesal Penal es perentorio, no aceptando más excepciones que las que señala el artículo 132 del mismo Código, debiendo, por ende, interpretarse restrictivamente el artículo 39 de la ley 20.000. El Juez rechazó la nulidad señalando que la Ley de Drogas establece una excepción en el plazo general de la detención, señalando para su aplicación el procedimiento del artículo 9 del Código del ramo, procedimiento que en la causa en cuestión se siguió. Ello, además de haber sido debidamente notificado el mismo día de su resolución al abogado defensor, por lo que también faltó el requisito básico del artículo 159 del Código Procesal Penal, cual es el perjuicio.

Texto completo:

En Graneros, once de mayo de dos mil cinco, siendo las 17:10 horas, se inicia la audiencia donde

Comparecen:

Fiscal: Javier Von Bischoffshausen A., Claudio Riobo, con domicilio y forma de notificación ya registrados en este Tribunal.

Defensor: Paula Vial Reynal y Leonardo Díaz V., con domicilio y forma de notificación ya registrados en el Tribunal.

REPOSICIÓN DE LA PRESENTE AUDIENCIA:

VISTOS

Que el señor Fiscal ha solicitado reposición de la resolución precedente por cuanto dicha resolución no contendría los fundamentos establecidos en el Art. 10 del Código Procesal Penal, para dar lugar a ella, asimismo ha señalado que no se han dado los supuestos básicos de la norma antes citada para fijar a la audiencia que nos convoca, por su parte el señor Defensor ha indicado que precisamente se ha invocado dicha audiencia para verificar si se han vulnerado o no los derechos que le asisten a los imputados, en conformidad a lo que establece la

Constitución Política y la leyes, en conformidad al Art. 10 antes citado.

Que habiéndose fijado la fecha de la presente audiencia, hoy en la mañana, el momento para pedir la reposición era en dicha oportunidad y que si bien es cierto se fijó la presente, por cuanto de manera excepcional se presentó una petición por parte del Ministerio Público en la causa que nos convoca, sobre la ampliación del control de detención de los 8 imputados que se encuentran pendientes en esta causa y a fin de verificar si efectivamente se están cumpliendo todos los derechos que le asisten a los imputados, es que la suscrita fijó la audiencia para hoy en la tarde, sin perjuicio de los fundamentos que ha hecho valer la Defensa en audiencia y de acuerdo a la reposición planteada por el señor Fiscal en la presente la que se considera extemporánea, ya que la señorita asistente de Fiscal asistió en la mañana cuando se fijó la presente audiencia, y no lo impugnó es que se considera fuera de tiempo, razón por la cuál se rechaza la reposición planteada por el Ministerio Público en conformidad a lo que dispone el Art. 363 del Código Procesal Penal.

CAUTELA GARANTÍAS:

La Defensa, solicita la nulidad procesal de la resolución de fecha 09 de mayo de 2005, dictada

por este Tribunal, por no haberse dado el control de detención de los detenidos en esta causa a las 24 horas legales y correspondiente, siendo esta una regla general no existiendo excepciones para esta circunstancia.

El Ministerio Público, solicita el rechazo de la nulidad por ser técnicamente improcedente, pues fue una resolución judicial lo que se está impugnando.

VISTOS:

Que los señores Defensores han solicitado en esta audiencia la nulidad de la resolución dictada por la suscrita con fecha 09 de mayo de 2005 que consta a fojas 135 de la carpeta judicial, por cuanto esta establecería un plazo de detención ilegal que atentaría con lo dispuesto en el Art. 131 del Código Procesal Penal, por cuanto indica que la audiencia de control de detención y de formalización se debe realizar dentro del plazo de 24 horas y no dentro de los 5 días como señala la resolución antes indicada. Señala que el plazo que menciona la norma antes citada, esto es, el Art. 131 del Código Procesal penal es un plazo perentorio y que sólo excepcionalmente se puede ampliar en los casos que menciona el Art. 132 del cuerpo legal antes indicado y sólo en casos más extremos y cuando por razones materiales no pueda realizarse como puede ser atendido los motivos de distancia de encontrarse los imputados fuera de la jurisdicción del tribunal competente. Agrega que el Art. 131 del Código Procesal Penal es categórico y que no admite excepción alguna debiendo interpretarse al Art. 39 de la ley 20.000, de manera restrictiva no constituyendo una excepción a la norma general, por lo cual solicita la nulidad procesal de la resolución antes indicada, de conformidad al Art. 159 del Código Procesal Penal y se realice el control de detención.

Que los señores Fiscales por su parte solicitan el rechazo de la nulidad procesal, por cuanto técnicamente ella no se condice con el motivo de la presente audiencia a saber que es de cautelar las garantías de los imputado, señala que no se ha indicado ni nombre ni individualización alguna de los mismos, que la Defensa vino a ver carpeta judicial antes de la audiencia, de manera que los fundamentos de la Defensa no cumplen con los requisitos establecido en el Art. 10 del Código Procesal Penal. Por otra parte señala que lo que aquí se está impugnando es un resolución judicial a través de una audien-

cia de cautela de garantía, siendo improcedente, por cuanto el canal para ellos son los recursos, insiste asimismo el otro Fiscal que ha alegado en audiencia que no se dan los supuestos del Art. 10 del Código antes citado y que por último si la Defensa, lo que está sosteniendo es una falta de Defensa técnica, eso no es efectivo, prueba de ello es la presencia de ambos Defensores en esta audiencia, por su parte el señor Fiscal ha replicado haciendo alusión a diversos fallos tanto de otras partes del país como asimismo de la región y que han resuelto respecto del caso que nos ocupa, específicamente en lo que dice relación con la interpretación del Art. 39 de la ley 20.000, esto es, el fondo del debate, que si es posible ampliar la detención fuera de los plazos que señala el Art. 131 del Código Procesal Penal. Por último, la Defensa replica diciendo que la pertinencia o impertinencia de la audiencia sobre la cautela de garantías no tiene mayor relevancia, por cuanto se trata de determinar que si efectivamente se han afectado o infringido los derechos constitucionales y legales de los imputados, conforme a los tratados internacionales que ha citado en audiencia.

Que sin perjuicio que la forma de impugnar una resolución judicial son los recursos judiciales que otorga la ley, contemplados también en el Código Procesal Penal, se ha admitido el debate de la cautela de garantías de los imputados, por cuanto éstos podrían verse afectados al no haberseles controlado la detención en el plazo de 24 horas que señala el Art. 131 del Código Procesal Penal, siendo ese en definitiva el debate que se ha tratado de plantear en audiencia, por cuanto la Defensa estima en el fondo que la resolución de fecha 09 de mayo de 2005, afecta los derechos de los imputado al no controlarse la detención dentro del plazo ante citado.

Que el Art. 131 del Código Procesal Penal, señala que el control de la detención debe efectuarse dentro del plazo de 24 horas y el Art. 132 del mismo cuerpo legal habla de la ampliación de dicho plazo hasta por 3 días cuando así lo solicite el señor Fiscal y por razones fundadas.

Que si bien es cierto, ello es la regla general, tal norma admite como excepción la establecida en la reciente ley sobre tráfico ilícito de estupefacientes, en específico el Art. 39 de la ley 20.000, cuando señala que dicho plazo puede ampliarse hasta por 5 días cuando el Fiscal así lo solicite, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia y que

incluso ello puede formularse de manera verbal, siendo resuelta de la misma forma por parte del Juez en conformidad a lo que dispone el Art. 9° del Código Procesal Penal.

Que de esta manera la suscrita interpreta la última parte de la norma citada, donde el Juez puede dar tal autorización de forma verbal en casos urgentes y siempre y cuando deje constancia en carpeta judicial, hecho que sí ocurrió en la especie por cuanto no solamente se dictó la resolución de fecha 09 de mayo de 2005, sino que además se dejó constancia de la ampliación del control de detención, a fin de dar cumplimiento a cabalidad a lo dispuesto al Art. 9° del Código Procesal Penal. Que a mayor abundamiento, se otorgó la ampliación del control de la detención, atendido los fundamentos del señor Fiscal y de los cuales se dejó constancia como ya se señaló en un acta que se encuentra en la carpeta judicial a continuación de la resolución que la Defensa impugna y que en dicha acta se acogió los fundamentos expresados por el señor Fiscal tanto de manera escrita en la presentación que hizo a fojas 134, como de manera verbal en el momento mismo de la detención de los imputado.

Que en consecuencia no se ha incurrido en algún vicio al dictar la resolución de fojas 135, más aún, de ella se puso en conocimiento ese mismo día por correo electrónico a la Defensoría, a fin de que ésta tomara contacto con los imputados y de esta manera no provocarles un perjuicio. Por consiguiente, no procede el requisito básico establecido en el Art. 159 del Código Procesal Penal, razón por la cuál se negará lugar a la nulidad entablada por la Defensa. Sin perjuicio de lo anterior y teniendo presente que esta audiencia era de cautela de garantías de los imputados y que sí se admite como fundamento de esa solicitud el hecho que se ha planteado en esta audiencia de que los imputados se encuentran en la ciudad de Rancagua, por cuanto los intervinientes han expresado que están desde el día de hoy 11 de mayo del presente en esta jurisdicción y a fin de precaver que pudieran verse afectados los derechos de los imputados y con el objeto de no dilatar la situación jurídica de los mismos, es que se fija como nueva hora para el control de la detención y la audiencia de formalización de la investigación el día 12 del presente a las 09:00 horas.

Se decreta la continuación del procedimiento conforme a las reglas generales, fijándose la audiencia ya indicada.

Remítase copia simple del acta por correo electrónico al señor fiscal y al señor defensor.

RUC N° 0510000437-4.

RIT N° 39-2005.

Siendo las 18:36 horas, se pone término a la presente audiencia, presidida por S.S., doña Claudia Bugueño Juárez, Juez de Garantía de Graneros.

- **Declara que la ley no contempla una consecuencia jurídica por no formalizar la investigación en el plazo señalado por el Juez.**

Tribunal: Tribunal de Garantía de Iquique.

Resumen:

La Defensa solicitó se decretara el sobreseimiento de la causa atendido que el Ministerio Público no formalizó la investigación en el plazo fijado por el Juez de Garantía. La Fiscalía solicitó el rechazo de dicha solicitud, argumentando que se trata de un plazo judicial cuyo incumplimiento no tiene asignada una sanción en el Código Procesal Penal. El Juez rechazó la petición haciendo suyos los argumentos del Ministerio Público en el sentido de ser una situación que no está prevista como causal de sobreseimiento en el artículo 250 del Código Procesal Penal. Agregó que ni el mismo artículo 186 del Código citado establece una consecuencia jurídica a su incumplimiento.

Texto completo:

Iquique, veintitrés de noviembre del año dos mil cinco.

VISTOS:

PRIMERO: Que el Tribunal fijó un plazo de 30 días al Ministerio Público para que formalizara investigación en contra del imputado, plazo que se encuentra vencido, sin que se hubiera cumplido con tal trámite, por lo que la defensa del imputado ha solicitado se declare el sobreseimiento de aquel.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público, admitiendo no haber cumplido el trámite señalado por el Tribunal en el lapso de 30 días, sostiene que el artículo 186 no contempla sanción alguna para el caso de que no se formalizara investigación dentro del plazo judicial que establece el Tribunal, ya que se trata de un plazo judicial que no opera de pleno derecho y por lo demás, cuando la Ley ha querido establecer el sobreseimiento como efecto de determinadas situaciones u omisiones, lo ha indicado expresamente, como es el caso entre otros del artículo 247 del Código Procesal Penal.

TERCERO: Que el artículo 250 del Código Procesal Penal, establece diversas situaciones en que procede decretar el sobreseimiento definitivo, causales que pueden acercarse en aquellas que señalan un motivo específico, como sería el caso de las letras A, B, C, F y aquellas que indican un motivo genérico, como aquellas que aluden las letras D y E de dicha disposición.

CUARTO: Que como lo observan los intervinientes el artículo 186 del Código Procesal Penal, no indica sanción para su incumplimiento o como lo dice en palabras el defensor, consecuencias jurídicas o efectos de dicho u omisión.

QUINTO: Que el actual sistema permisivo instaurado en nuestra República, establece que corresponde investigar los ilícitos al Ministerio Público, como fluye de las normas constitucionales, artículo N° 3, artículo N° 83, artículo N° 1 de la Ley 19.640 y artículo 3 del Código Procesal Penal, más aún la oportunidad de formalizar la investigación, aparece establecida en los artículos 229 y 230 del Código Procesal Penal. En relación a lo anterior, el artículo 186, establece la posibilidad del Tribunal a solicitud del interviniente imputado, de fijar un plazo determinado con arreglo a las disposiciones antes citadas, el Tribunal estima, que no existe una sanción específica o consecuencia jurídica determinada para la omisión de dar cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal, esto es, formalizar investigación en un plazo prefijado, en tal virtud no se accederá a lo solicitado por la defensa del imputado, sin perjuicio de señalarse que de conformidad al artículo 66 de la Constitución Política de la República de Chile, el Tribunal entiende que ha ejercido su ministerio, decidiendo la materia puesta en su conocimiento de la forma antes indicada, todo ello, sin perjuicio de otros derechos que pudiera asistir al imputado en relación a la materia a la que se viene haciendo referencia.

SEXTO: Atendiendo las razones del defensor, se accede a lo solicitado por el Ministerio Público, sólo en cuanto a fijar un día y hora para audiencia de formalización, la que tendrá lugar el día **07 de diciembre del 2005, a las 11:30 horas**, quedando desde ya notificados los intervinientes, especialmente al imputado bajo apercibimiento del artículo 33 del Código Penal. Asimismo deberá citarse al Querellante.

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

Dirigió la audiencia y resolvió don **Federico Gutiérrez Salazar, Juez de Garantía de Iquique.**

- **Acoge el acuerdo reparatorio alcanzado por los intervinientes en la audiencia de formalización por un cuasidelito de homicidio.**

Tribunal: Juzgado de Letras y Garantía de Chile Chico.

Resumen:

El Ministerio Público formalizó por el cuasidelito de homicidio por un accidente acontecido en una actividad minera, alcanzándose un acuerdo reparatorio que consideró el pago de la suma de \$35.000.000. El Tribunal, previa verificación de haberse prestado el consentimiento del imputado y la víctima en pleno conocimiento de sus derechos y efectos, aprobó el acuerdo habida consideración que éste se refirió a hechos que afectaron bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, así como de no encontrarse comprometidos intereses públicos prevalentes en la persecución penal.

Texto completo:

JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA CHILE CHICO,
9 de diciembre de 2005.

ACTA DE AUDIENCIA CONCENTRADA

ACTUACIONES EFECTUADAS:

Ministerio Público señala los hechos por los cuales se ha formalizado una investigación en contra del imputado A.A.

Ministerio Público solicita ceder la palabra a la Defensa para llegar a un acuerdo reparatorio.

Defensa señala las bases de acuerdo reparatorio:

PRIMERO: Declaraciones: (Uno) Que, siendo las 23:30 del día 08 de marzo del año 2005, en el block JS-11, ventana N° 1, nivel 260 sur de la Mina Cerro Bayo, comuna de Chile Chico, tanto don Eduardo Delgado López, Maestro Minero, C.N.I. 7.994.603-6, como don Roberto Cárdenas Ruiz, Ayudante Minero, C.N.I. 15.303.656-k, se encontraban en dicho lugar acuciando de sur a norte, momentos en los cuales el primero es succionado completamente por la marina que removía en esos instantes y precisamente debajo de la columna, el scoop al efecto, falleciendo por asfixia y, el segundo, parcialmente, salvando ileso. **(Dos)** Los hechos antes narrados constan en las diversas investigaciones llevadas al efecto, entre otras, la de la Fiscalía Penal de esta comuna, en causa R.U.C. 0500967712-4, que todos los comparecientes declaran conocer y aceptar;

SEGUNDO: Bases de la transacción o acuerdo reparatorio Las partes comparecientes,

lamentando el suceso antes narrado, y luego de sendas conversaciones al efecto, han convenido en celebrar un contrato de transacción extra y pre-judicial, y en los términos de los artículos 2.446 y siguientes del Código Civil, el que tiene por objeto y finalidad el precaver todo y cualquier litigio o reclamación judicial, sea de naturaleza civil, penal, laboral, infraccional, administrativo o de cualquier otra índole, sea ante cualquier Tribunal u Órgano de la República o del extranjero, con el objeto de poner término anticipado a todas las consecuencias legales que derivan de dichos hechos narrados en la cláusula anterior y que puedan dar origen o servir de fundamento para dictar cualquiera resolución, sentencia o fallo al efecto. Así, conforme lo antes anotado, todos los comparecientes vienen expresamente en declarar que luego de analizar los antecedentes en circunstancias de tales hechos, están de acuerdo en que los mismos no son atribuibles ni pueden ser imputados a responsabilidad o negligencia de ninguna especie a Agecomet S.A., ni en su calidad de empleador de don Eduardo Delgado López, ni en ninguna otra, la que por su lado tampoco reconoce ningún tipo de responsabilidad legal en los hechos materia de autos de este instrumento, ya sea ésta de índole civil, laboral, penal, administrativa o infraccional, directa, indirecta, solidaria o subsidiaria, así como de ninguna de las compañías relacionadas a ella, sus mandantes, especialmente la empresa Compañía Minera Cerro Bayo Limitada, sus representantes a cualquier título, como tampoco de sus accionistas, socios, directores, dependientes, ejecutivos, empleados, otros contratistas o subcontratistas, corredores de seguros y aseguradores, en especial, la

compañía Aseguradora Magallanes, en virtud de cualquier póliza en especial la N° 01-19-017135. Sin perjuicio de lo anterior, y sin que pueda ser directa o indirectamente interpretado ni directa o indirectamente, ni expresa ni tácitamente reconocimiento de responsabilidad de cualquier índole o género y con el sólo ánimo de precaver un litigio eventual y/o poner término a cualquiera que se encontrara pendiente ante un Tribunal chileno o extranjero, de cualquier naturaleza, las partes concurren a la celebración del presente contrato de transacción. La transacción así convenida consistirá únicamente en prestaciones recíprocas entre Agecomet S.A. y todas las únicas víctimas del accidente fatal descrito en la cláusula primera, precedente, entendiéndose por tales a la cónyuge y los únicos tres hijos de don Eduardo Delgado López, ya antes individualizados, quienes por su lado, renunciarán a todas las acciones o pretensiones judiciales en contra de la empresa, la mandante empresa Compañía Minera Cerro Bayo Limitada y demás que se indican y señalan en la cláusula siguiente.

TERCERO: Prestaciones recíprocas. Conforme lo expuesto en la cláusula precedente, la parte de Agecomet S.A. viene en este acto en pagar a doña María Ruberlinda Pozas Vogt, Franco Esteban Delgado Pozas, Diego Eduardo Delgado Pozas y Ronald Fabián Delgado Pozas, la suma única y total de treinta y cinco millones de pesos, quienes la perciben de consuno y a su entera satisfacción, procediendo a otorgar a Agecomet S.A., recibo de pago y finiquito al efecto. El modo de pago utilizado al afecto es la entrega de un vale vista del BCI girado por AGECOMET S.A. endosable N° 04769886, que en este acto declaran recibir. La suma de dinero enunciada en esta cláusula constituye la evaluación completa y suficiente de todo el daño sufrido por doña María Ruberlinda Pozas Vogt, Franco Esteban Delgado Pozas, Diego Eduardo Delgado Pozas y Ronald Fabián Delgado Pozas, esto es, satisface plenamente todo el lucro cesante, daño emergente y daño moral sufrido por dichas víctimas del suceso del fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente. Como consecuencia del pago efectuado y que se da cuenta en este acto, las partes vienen en renunciar recíprocamente al ejercicio de todas y cualesquiera de las acciones civiles, penales, laborales, administrativas e infraccionales y de cualquier otra naturaleza o índole que puedan derivarse directa

o indirectamente de los hechos narrados en el presente acuerdo reparatorio la cláusula primera precedente, ante cualquier Tribunal u organismo chileno así como extranjero, en contra de la empresa Agecomet S.A., su mandante la empresa Compañía Minera Cerro Bayo Limitada, así como en contra de cualesquiera de las compañías relacionadas a ellas, sus mandantes, representantes a cualquier título, como tampoco de sus accionistas, socios, directores, representantes, dependientes, ejecutivos, empleados, otros contratistas o subcontratistas, corredores de seguros y aseguradores, en especial, la compañía Aseguradora Magallanes, en virtud de cualquier póliza en especial la N° 01-19-017135. Por el contrario, de conformidad a lo expuesto precedentemente, las partes poseen y han arribado a la más plena convicción de que los hechos se originaron en un evento constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito imposible de resistir o preveer, o cualquiera sea su calificación en Derecho.

CUARTO: Las partes comparecientes se facultan recíprocamente a presentar el presente acuerdo reparatorio y hacerlo valer como única exclusiva y suficiente transacción ante cualquier Tribunal de la República o del Extranjero cualquiera sea su litigio relacionado directa o indirectamente con los hechos narrados en la cláusula primera precedente así como inscribirlo o subinscribirlo en cualquier organismo público o privado que al afecto se requiera.

La personería del suscrito Germán Ovalle Madrid para representar a la Empresa Agecomet, consta de escritura pública otorgada en la notaría de Santiago de don Pedro Ricardo Reveco Hormazabal de fecha siete de diciembre del año, la cual se deja para ser agregada a estos antecedentes.

Representantes de víctima aceptan acuerdo reparatorio.

Defensa cumple con el acuerdo reparatorio.

RESOLUCIÓN:

EL TRIBUNAL RESUELVE:

En mérito de lo expuesto por el Ministerio Público y lo dispuesto por los artículos 229 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara:

Que se tiene por formalizada la investigación por el ilícito descrito por el señor Fiscal, en contra del imputado A.A..

El Tribunal declara que en caso de aprobarse y cumplirse el presente acuerdo reparatorio este Tribunal debe dictar el sobreseimiento definitivo y total de la causa con lo que se extingue la responsabilidad penal del imputado además, ejecutoriada que se encuentre la resolución que apruebe el acuerdo reparatorio podrá solicitarse su cumplimiento ante este Juez de Garantía.

Ssa. consulta a la víctima, representada por los comparecientes si prestan su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos al presente acuerdo reparatorio propuesto, los comparecientes señalan que sí, que prestan su consentimiento.

Ssa. consulta al imputado, si presta su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos al presente acuerdo reparatorio propuesto, señalando éste que sí, que presta su consentimiento.

Visto lo dispuesto en los artículos 241 y 242 del Código Procesal Penal, modificado a su vez por el artículo 1° número 26 de la Ley 20.074, oídos los intervinientes y considerando:

1°) Que se ha sometido a aprobación judicial el acuerdo reparatorio cuyo tenor se ha expuesto en la presente audiencia.

2°) Que tanto la víctima, representada por los comparecientes como el imputado han prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos, toda vez que se les ha advertido los efectos tanto penales como civiles del referido acuerdo.

3°) Que dicho acuerdo se refiere a hechos investigados que afectan bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial y no existe un interés público prevalente en la persecución penal, reuniéndose con ello los requisitos o presupuestos legales para la procedencia del acuerdo reparatorio a cuya aprobación judicial se somete en la presente audiencia, por estas consideraciones se declara que se aprueba el acuerdo reparatorio arribado en la presente audiencia y cuyo consentimiento han expresado tanto la víctima, debidamente representada como el imputado en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

Habiéndose cumplido con el acuerdo reparatorio propuesto en esta audiencia y de acuerdo al

artículo 242 del Código Procesal Penal, modificado por la Ley 20.074, se dispone el sobreseimiento definitivo y total, extinguiéndose con ello en forma total la responsabilidad penal del imputado don A.A.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

- **Afirma que la credibilidad de un testimonio no es determinable por un perito, sino que es parte de la labor propia del rol que los jueces ejercen en la audiencia del juicio oral.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor de los delitos de violación y de abusos sexuales reiterados de los artículos 362 y 366 bis del Código Penal. Pidió, además, el reconocimiento de la concurrencia de la agravante del artículo 368 del mismo código. La Defensa sostuvo la inocencia del acusado explicando la denuncia por una pelea de pareja, alegando en subsidio la inconsistencia de la prueba, así como la calificación de la irreprochable conducta anterior. Finalmente sostuvo que no procedía hablar de dos delitos distintos atendido el principio de non bis in idem, por cuanto los hechos de la acusación constituían un concurso aparente de leyes penales, siendo procedentes los principios de absorción y de consunción, ya que el acceso carnal se presentó acompañado de actos que aisladamente considerados completan la acción del tipo de abuso sexual. Asimismo, afirmó que correspondía considerar los hechos como un delito continuado, por tratarse de varias conductas bajo una misma resolución delictiva, existiendo unidad de sujeto pasivo, bien jurídico y de resolución. El Tribunal estimó acreditados los hechos contenidos en la acusación, así como la participación en éstos del acusado, por la concordancia de las pruebas presentadas que avalaron de manera coherente y completa la versión de la víctima. En cuanto a la calificación jurídica de estos hechos, estimó que constituyeron un conjunto de conductas homogéneas e ilícitas sucesivas, dentro de un determinado lapso de tiempo, del mismo sujeto y con un mismo propósito, conductas todas que violaron un mismo precepto legal, entendiendo que tal conducta se encuadra dentro de la figura de delito continuado de violación. Haciéndose cargo de la alegación de la Defensa de haberse demostrado por su perito que el acusado era veraz al negar su responsabilidad en los hechos, el Tribunal manifestó que no es el perito el llamado a valorar la credibilidad del relato del acusado, porque dicha tarea es labor propia del rol que los jueces ejercen en la audiencia del juicio oral. Y para ello los estándares de credibilidad de una declaración rendida en la audiencia como medio de defensa no están sometidos a pautas fijadas de antemano por un psicólogo. Finalmente, respecto de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal invocadas por las partes, no estimó verificada la agravante del artículo 368 del Código Penal, porque no se demostraron suficientemente sus presupuestos, en particular la posición activa respecto del hechor. Ello, porque el injusto mayor en la antijuridicidad del acto, en que el agente no sólo vulnera la libertad sexual del ofendido, sino también los especiales deberes jurídicos derivados de su función o vinculación personal con el sujeto pasivo, no se pueden tener por cumplidos por el hecho de haber sido conviviente de la madre del menor. De hecho no se demostró que estaba a cargo de su educación, guarda o cuidado. Al contrario, el acusado permanecía sólo en ciertas y determinadas oportunidades en la casa, permaneciendo el menor, por su parte, internado en una Escuela Hogar de lunes a viernes y algunos fines de semana y su relación con el menor era de trato distante. Ante dicha relación, difícilmente se podía suponer que el imputado vulnerara la eventual confianza que el menor hubiere podido depositar en su persona. Y aun si se pudiere aceptar la existencia de una mínima confianza, no se vio en la especie cómo se abusó de ella, puesto que al imputado le bastó que el menor estuviera circunstancialmente con él para conseguir su propósito de abusarlo. Respecto de calificar la atenuante de la irreprochable conducta anterior, tampoco estimó suficientemente acreditada la concurrencia de sus requisitos, rechazando la petición.

Texto completo:

Rancagua, catorce de septiembre de dos mil cinco.

VISTO Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, itinerante en la ciudad de San Fernando, constituido por el Juez Presidente de la Sala, don Marcos Kusanovic Antinopai, y los jueces don Carlos Moreno Vega, y don Oscar Castro Allendes se llevó a efecto la audiencia del juicio oral, de la causa RIT 93-2005, seguida contra de Jorge Luis Astete Romero, natural de Rengo, nacido el 8 de enero de 1956, 49 años de edad, casado, soldador, Rut N° 7.486639-5, domiciliado en Rivera del río N° 37 de la ciudad de San Fernando.

Sostuvo la acusación del Ministerio Público, la fiscal adjunto de San Fernando, doña Teresa Gaete Valenzuela, asistida por Carmen Gloria Agurto Casanova con domicilio registrado en el tribunal.

Por la parte querellante, el abogado don Francisco Ubal Rivas, con domicilio registrado en el tribunal.

La defensa penal del imputado estuvo a cargo del Defensor Penal Público, don Roberto de los Reyes Recabarren, asistido por el abogado don Juan Carlos Hernández, con domicilio registrado en el tribunal.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público dedujo acusación a la que se adhirió el querellante particular y que se fundó en los siguientes hechos:

“En días y fechas indeterminadas, comprendidos en el periodo en que el menor de edad de iniciales C.D.C.L.M. con fecha de nacimiento 08 de noviembre de 1995, cursaba Kinder y hasta el mes de junio del año 2004, en oportunidades que el niño se encontraba en su domicilio de Población Santa Elena pasaje o calle Rivera del Río, casa N° 37 de esta ciudad, fue abordado sexualmente por el acusado quién era el conviviente de su madre, quién oficiaba como proveedor de la familia, vivía en el mismo inmueble, y a quién el menor se refería como “papá”.

El acusado, en numerosas oportunidades procedió a efectuarle tocaciones al menor en todo su cuerpo, nalgas y genitales, a darle besos en la boca, y a introducirle el pene tanto por su boca y por su ano, todo bajo la amenaza de atentar contra el menor o su madre en caso que el niño contara lo sucedido.

El Ministerio Público sostuvo que los hechos que conformaron la acusación conformaron el delito de violación impropia y abusos sexuales reiterados previsto y sancionado en los artículos 362 y 366 bis del Código Penal, delito que se encuentra en grado de consumado y le atribuyó participación en calidad de autor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal.

Agregó que beneficia al acusado la atenuante contenida en el N°6 del artículo 11 del Código Penal, y no le perjudica agravante. Señaló que corresponde aplicar, la regla especial de penalidad contenida en el artículo 368 del Código Penal, esto es, la exclusión del grado mínimo de la pena, en atención que el acusado a la fecha de comisión de los delitos tenía a su cargo el cuidado y mantención del menor ofendido.

En cuanto a las penas solicitó, con la concurrencia de una circunstancia minorante de responsabilidad y ninguna agravante, la especial aplicación del artículo 368 y lo establecido en el artículo 67 del Código Penal, 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo por la comisión del delito de violación impropia en carácter de reiterado, y 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio por la comisión del delito de abuso sexual en carácter de reiterado, accesorias del artículo 28 y 372 del Código Penal, con costas.

TERCERO: Que la defensa en su alegato de apertura, indicó que el imputado ha señalado reiteradamente su inocencia, que la carga de la prueba corresponde al Estado, agregó que en este tipo de juicios el estándar de prueba debe ser mayor. Añadió que la prueba ofrecida por la Fiscalía no es concluyente, hubo una deficiente investigación.

Indicó que la acusación formulada no es clara ni precisa, el patrón de conducta de representado no es el de un abusador sexual ni tiene trastorno alguno, lo que se acreditará con la prueba que rendirá.

En su alegato de clausura insistió en que la nueva concepción del proceso penal exige al Estado, que tiene todos los elementos necesarios para poder investigar, que lo haga con el mayor esfuerzo. Añadió que su defendido alegó durante todo el procedimiento su inocencia, por lo que hubo dos posturas, la de Fiscalía y del acusado. El Estado, a través del ente persecutor no investigó todos los aspectos del caso, afectando el principio de la objetividad, el

de inocencia. Señaló, además, que vulneró el principio de congruencia respecto de la violación impropia y abusos sexuales reiterados, al no precisar los días o periodos en que ocurrieron los hechos, estableciendo fechas indeterminadas.

Adujo que la declaración del menor fue la principal prueba del Ministerio Público, quien expresó que la psicóloga le señaló lo que tenía que decir, por lo que pudo cambiar varios aspectos de su declaración inculpatoria.

Por otra parte, expresó que la doctora Henríquez aseveró en el juicio que el menor padecía de una enfermedad al ano y que no se pudo establecer su tonacidad.

Además, cuestionó los peritajes efectuados al menor para determinar la credibilidad de su relato, puesto que la metodología empleada es falible.

Mencionó la defensa, que el menor no presenta trastornos escolares, lo que no le parece posible si efectivamente sufrió la agresión que señala el Ministerio Público. De haber ocurrido esto último, los docentes a su cargo se habrían percatado, situación que no investigó el ente persecutor.

Por otro lado, los mismos peritajes consignaron que el menor se vincula bien con sus pares en la escuela hogar donde estudia y reside cinco días a la semana, no existió una depresión que es característica de un estrés post-traumático, ni trastornos que son inevitables con el abuso crónico.

Afirmó la defensa, que el acusado fue denunciado el 26 de junio del año 2004 y un peritaje médico indica como fecha del delito el día 19 del mismo mes. Añadió que al analizar los peritajes médicos hay que distinguir entre el efectuado por el doctor Vial y el doctor Ipanaque, el primero de los mencionados no cumplió los protocolos ni la técnica médica que se exige en un examen médico. Añadió que no hubo delito flagrante, hubo una pelea entre los convivientes, llevaron al menor al servicio de urgencia del hospital de la ciudad y el médico determinó la agresión en una fecha anterior a la denuncia.

En cambio, expresó que el doctor Ypanaque no puso fecha, le dieron otros antecedentes y en definitiva, tal como en otras oportunidades, el tribunal deberá exigir una mayor precisión en los delitos reiterados.

En otro aspecto, afirmó que la defensa realizó diligencias de investigación, un perito psicólogo

lo encontró normal, conclusión que no es contradictoria con la expresada por la perito del Instituto Médico Legal, pues no presenta el perfil del abusador sexual. Es incompatible que una persona normal pueda ser de un abusador sexual, lo dijo el perito Pavéz.

Concluyó la defensa que todas las dudas razonables llevarán al tribunal a absolver a su defendido, más aún, cuando en este tipo de delitos se exige un mayor estándar probatorio para adquirir convicción.

En subsidio de lo anterior, la defensa solicitó que se le condenara como autor del delito de violación impropia y se le calificara la atenuante de irremediable conducta anterior.

Expresó que en el caso que nos convoca nos encontramos ante un concurso aparente de leyes penales, puesto que el acusado deberá ser condenado solo como autor de delito de violación, siendo procedente el principio de absorción y de consunción, ya que el acceso carnal al menor se presentó acompañado de actos que aisladamente considerarían completan la acción del tipo de abuso sexual. De otra manera, se vulneraría el principio del non bis in idem, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.

Asimismo, corresponde considerar los hechos como un delito continuado, al ejecutar varias conductas en el marco de una misma resolución delictiva, existió pluralidad de conductas ejecutadas en tiempos distintos y cada una de ellas reunió los requisitos necesarios para ser considerados delitos independientes. Además, se dieron los supuestos de los elementos objetivos del tipo penal, existiendo una unidad de sujeto pasivo, un bien jurídico protegido y el elemento subjetivo de unidad de resolución.

Señaló también, que no es aplicable la agravante especial del artículo 368 del Código Penal pues el acusado era sólo un mero proveedor por lo que no estuvo dentro de los supuestos consignados en la mencionada norma legal para ser el sujeto activo.

Finalmente, respecto de la circunstancia atenuante que lo favorece debe estimarse como muy calificada. El acusado tuvo durante 48 años una conducta sin reproche, en un medio con un alto índice delincuencia. La jurisprudencia aceptó que personas que delinquieron, después de veintiséis años reincidan y no por eso no se les pueda calificar su con-

ducta.

Respecto de la demanda civil interpuesta en su contra, debe considerarse la situación socioeconómica del imputado, el monto exigido por la querellante es excesivo, más aún cuando la Corte de Apelaciones de Rancagua en una sentencia en que falló la víctima acordó una indemnización de doce millones de pesos.

CUARTO: El acusado Jorge Astete Romero renunció a su derecho a guardar silencio y señaló que es inocente y que la acusación es injusta. Dijo que por su trabajo estaba pocas veces en su hogar y que su conviviente actual no le era fiel.

Afirmó que los niños de su conviviente llegaban a su hogar los viernes por la noche, pues están internados en una escuela hogar, le decían “don Jorge” y no papá, no pertenecía a esa familia, se dedicaba a trabajar para sostener a su conviviente, no comprende la maldad de la mente humana.

Interrogado por la fiscalía señaló que conoció a su conviviente en 1999, tenía tres hijos de 10, 8 y 4 años respectivamente. Él a su vez tenía dos niñas de su matrimonio y estuvo casado trece años.

Agregó que trabaja para una empresa constructora en la ciudad de Calama y pasaba poco en su hogar.

Preguntado por la defensa, expresó que nació en Lota, viajó con su padre hasta San Fernando y estudió en la Escuela Hogar. Aprendió el oficio de soldador que le enseñó su padre, conoció a su esposa en la iglesia evangélica y por su trabajo se ausentó del hogar y de la parte religiosa. Mencionó que trabajaba siete días seguidos en la mina El Abra y descansa otros siete. Se separó de su cónyuge, pero mantiene una buena relación con ella y con sus hijas.

Añadió que no tuvo mayor contacto con los hijos de su conviviente. En el mes de Junio del 2004 fue detenido, ese día fue con su pareja a ver una cocina a leña que querían adquirir. Posteriormente pasaron al supermercado a comprar leche para su hija, al día siguiente se percató que los niños bebieron la leche, los reprendió, eso enfureció a su pareja, hubo una discusión y volvió a su cama, al despertar se sirvió un plato de comida y volvió al dormitorio. A las 15:30 la conviviente se llevó a la niña, cuando se levantó no había nadie, fue comprar pan y posteriormente llegaron los carabineros y lo detuvieron, acusándolo de violación.

Finalmente mencionó que el niño era estético, de lo cual se percató cuando iba al baño después de éste y observó que las deposiciones eran muy gruesas.

QUINTO: Que el delito de violación referido por el Ministerio Público, al que adhirió la querellante y el cual señaló el tribunal oral en el acta de deliberación, descrito en el artículo 362 del Código Penal, requiere para su configuración la presencia de elementos objetivos: un comportamiento destinado a acceder carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal a la víctima, o sea, la penetración del miembro viril en algunas de las citadas cavidades naturales de un menor de catorce años de edad.

Que, el requisito de ser la víctima menor de catorce años, se acreditó en el juicio con el certificado de nacimiento de C.D.C.L.M. acompañado como prueba documental e incorporado mediante lectura resumida, de que éste nació el 08 de noviembre de 1995.

Para acreditar el elemento típico acceso carnal de la menor, por vía anal y bucal la Fiscalía y la querellante rindieron las siguientes pruebas:

Primero, la declaración del menor ofendido de iniciales C.D.C.L.M. quien señaló que actualmente vive en un departamento, antes lo hacía en una casa con su mamá y su papá que se llama Jorge el que se encuentra en la sala de audiencia.

Dijo que vino a declarar por lo que le hizo “el Jorge”. Preguntado qué exactamente le hizo no emitió respuesta, señaló que estudia en la escuela hogar y que vuelve los viernes a la casa, tiene amigos y le gusta jugar básquetbol en la escuela hogar. Consultado dijo que entendió lo que le pregunta la señora fiscal y que está en el Tribunal por lo que le hizo “el Jorge”.

Al ser nuevamente consultado por el Tribunal manifestó que “El Jorge” lo violó cuando en su casa no estaba la mamá y el hecho ocurrió en la pieza de él, fueron “hartas veces” y empezó cuando él estaba en kinder y terminó ahora que estaba en cuarto año básico.

Consultado a través del tribunal manifestó que la primera vez “el Jorge” lo llamó a su pieza y se bajó el pantalón. Precisó con un gesto lo que le hizo el acusado, para lo cual con una de sus manos tomó su cabeza inclinándola hacia sus genitales, gesto que fue apreciado por el tribunal como constitutivo de una

acción correspondiente a sexo oral, en el cual la cabeza del menor fue colocada sobre los genitales del imputado. Prosiguió relatando que posteriormente lo arrojó a la cama le bajó los pantalones y le metió el pene en el "poto". Añadió que "pasó hartas veces" y no le contó a la mamá, pues, cuando era chico le prometió que le iba a comprar cosas, añadió que cuando salía con él le compraba "como dos galletas no más". Mencionó que una vez estaba sentado en un sillón y al "Jorge" le dijo que no, Jorge se quedó callado, después le quiso decir a su mamá y él lo amenazó que le iba a pasar algo a él y a ella.

Refirió que le daba besos con lengua en la boca. Le contó a su mamá cuando ellos estaban peleando, ese día estaba en su pieza con sus hermanos, el Jorge fue a buscarlo, le respondió que iba a hacer pipí, se calló y fue donde su mamá a contarle, pues, le dio mucha rabia lo que le hacía a su mamá y también por lo que le hacía a él.

Afirmó que cuando "le hacía eso" le dolía, "el Jorge" le decía que le iba a echar "aceite en el poto", pero le dijo que no, no lloraba y se aguantaba.

Consultado a través de tribunal reiteró que los hechos ocurrieron en la pieza del acusado, cuando su mamá estuvo en el hospital debido a su embarazo y los hermanos no estaban, precisó que el imputado no lo dejaba salir con ellos para quedarse con él.

Preguntado manifestó que "el Jorge" estaba alguna vez en casa y que en la escuela hogar ni en ninguna parte le "hicieron eso", nadie más lo tocó, el acusado "le dio besos hartas veces" y una vez a su hermano mayor le dio también un beso, no le contó a nadie más que a su mamá y no se acuerda de que otras cosas le hizo.

Preguntado por la defensa a través del tribunal, expresó que cursaba cuarto básico, le va bien en el colegio, saca buenas notas, está seguro que nadie más "le hizo eso".

Consultado por la defensa, dijo que efectivamente conversó con la psicóloga de Rancagua, ella le dijo lo que tenía que decir. Afirmó que no tiene enfermedades, alguna vez tuvo tos, dolor de garganta y de cabeza, a veces "se hacía caca" y fue al doctor por eso.

Compareció, en segundo lugar, la madre del menor ofendido, Marisol del Carmen Meneses Guajardo quien en síntesis, expresó que convivió desde

1999 hasta junio del 2004 con el imputado, ella tenía tres hijos de 14, 12 y 8 años respectivamente, no compartía con ellos, a veces sacaba a pasear al menor. Agregó que tuvo una pelea con su conviviente y se fue a la casa de su hermana, allí su hijo menor le contó que el acusado le hacía tocaciones, pero no le dijo que lo había penetrado, lo que hizo cuando volvieron al hogar común, precisó que el menor le señaló que Astete le metió "el pico en el potito". Afirmó que ante esta situación decidió encarar a su conviviente, pero éste le expresó que lo denunciara si así lo deseaba, pero que tenía como defenderse.

Consultada por el señor fiscal refirió que la segunda vez que el menor le contó manifestó que su conviviente le daba besos con lengua, lo tocaba, lo hacía succionarle el pene y se lo introducía en su ano, aprovechando la ausencia de otras personas en la casa, también expresó que el menor le dijo que los abusos venían ocurriendo desde que cursaba Kinder, lo que estableció con una foto de esa época. El mayor de sus hijos le relató que en una oportunidad su conviviente le había dado un beso en la boca.

Afirmó que con la develación de los hechos entendió por qué su conviviente se quedaba a solas con su hijo, menor que era retraído, callado, no compartía con los demás niños, no controlaba sus deposiciones ni su orina, incluso debió llevarlo al Hospital donde la doctora que lo atendió, efectivamente le hizo un tacto rectal, el niño gritó y debió interrumpir el examen y en definitiva dijo que era posible una estitiquéz y lo mandó a un psicólogo.

Añadió que al hacer la denuncia, llevó al menor al Hospital donde el médico encontró heridas correspondientes a penetración anal, y su hijo le relató los hechos al facultativo. Hizo presente que en una oportunidad una vecina lo sorprendió llorando, pero el menor no relató la razón, y este tiene que ver con el cumplimiento de las promesas que ella enseñó a sus hijos y que el menor ofendido hizo al acusado de no mencionar lo que estaba ocurriendo entre ellos.

Señaló que el acusado era una persona callada, tranquila pero que todos los días consumía un pito o medio pito de marihuana, sólo era violento con ella cuando se oponía a mantener relaciones sexuales, ahí la tomaba a la fuerza, sin embargo refirió que ella por agradecimiento hacia él le aceptaba tener relaciones sexuales anales.

Finalmente la señora Fiscal le exhibió diversas fotografías, ofrecidas como prueba, que de esta manera, a través de su declaración se incorporaron en la audiencia, fotografías del frontis de su domicilio que se aprecia con un muro que impide desde afuera ver al interior, del dormitorio del imputado y de los niños y del interior de la casa.

Preguntada por el abogado querellante relató que el acusado rara vez consumía alcohol, el que lo hacía ponerse agresivo, y que recibió amenazas de parte de familiares de su ex conviviente. Respecto de los daños sufridos debió abandonar la casa de este último, sufrió perjuicios económicos, pero su familia la apoya.

Preguntada por el Ministerio Público, mencionó que su hijo se encuentra bien, atendido todos los sábados por una psicóloga, subió sus calificaciones escolares.

Contraexaminada por la defensa reconoció que efectivamente tuvo una relación con el conviviente de su hermana, pero negó un vínculo amoroso con el administrador de un guindal donde prestó servicios como temporera.

Reconoció a la defensa que no hizo la denuncia cuando le contó el niño, pues no le dijo que había sido penetrado, no recordó la fecha en que llevó al menor al médico, tampoco se percató de sangre en la ropa de su hijo, pues normalmente se defecaba en ella.

Seguidamente, compareció Gabriel Vial Gaete, médico, quien refirió que trabaja en el hospital de San Fernando desde 1989, y que le correspondió atender al menor ofendido en su calidad de médico de turno del Servicio de Urgencia, lo entrevistó y lo examinó. El niño le expresó que había sido penetrado en múltiples ocasiones por su padrastro, quien además lo obligó a penetración bucal.

Refirió que al examen físico pudo constatar que presentaba ano complaciente con erosión lineal antigua. No tomó muestras del examen porque al parecer la última vez fue el día 19 de junio de 2004 y lo examinó el día 26 del mismo mes. Ignora si el niño estaba en tratamiento por alguna enfermedad.

Refirió que sus conclusiones las hizo en base a lo que le cuentan y al examen físico.

Contraexaminado, relató que es cirujano y no es especialista en ginecología, no conoce el proto-

colo que se exige a los exámenes de violencia sexual.

Efectivamente, debido a su ignorancia no dejó constancia de quienes acompañaban al menor, pero a una pregunta exacta del señor defensor expresó que era su madre y los carabineros.

Consultado por la defensa expresó que no realizó un examen detallado, pues se observaba claramente que había un ano completamente dilatado y complaciente, lo que coincidía con el relato del menor, al cual debe creerle en esa instancia, pues no puede desconocer este antecedente, agregando que la veracidad del relato del menor corresponde a otra instancia. No indagó si el menor tenía alguna enfermedad como una hipopresis o neuresis, y no pudo ilustrar al Tribunal sobre ellas, si señaló que averiguó con pediatras sobre incontinencia anal, y le explicaron que era de orden neurológico.

Manifestó que no se retracta del examen y sus conclusiones son válidas, no obstante no haber aplicado el protocolo.

Expresó que no se acordaba del peritaje cuando lo entrevistó el investigador de la defensa, reafirmó que está claro su diagnóstico, y no puede decir otra cosa. Le fue exhibido el peritaje que efectuó y que se incorporó como medio probatorio al estar así ofrecido en el auto de apertura como prueba documental.

Estos dichos fueron concordantes, en lo sustancial, con lo expresado por el médico legista, Pedro Ipanaque Burga, quien señaló que el día 16 de agosto de 2004 procedió a practicar una pericia al menor ofendido por orden del fiscal. Añadió que hizo una anamnesis junto a la familia del niño y luego un examen físico completo con especial énfasis en la parte anal. El menor le relató que durante un tiempo fue penetrado anal y bucalmente por su padrastro, como asimismo tocaciones en las nalgas y besos en la boca sin que –por su edad– pudiera precisar fechas, como por el trauma infantil y a su etapa de aprendizaje, además que trata de olvidar esas fechas y si lo hace trata de enmascararlo.

Precisó que a su examen físico se encontraba lúcido, orientado en espacio tiempo y persona, pero en relación a cosas normales y no respecto de los hechos. Revisó la cara, el cuello y el abdomen sin encontrar lesiones físicas, sin embargo, al examen proctológico se encontró un ano complaciente, lesiones cicatriciales de nueve a cinco en horas

del reloj, ano tubulizado, concluyendo que son lesiones compatibles con penetración anal y que también hay tocamientos y penetración bucal.

Preguntado por el fiscal relató que cuando existe una penetración anal el esfínter pierde el tono y si al niño se le hace pujar el esfínter se relaja y se abre el recto porque ha perdido las estrías del ano.

Explicó que la musculatura anal está compuesta por estrías que dan el tono al ano, el tono es la contracción permanente del ano, cuando hay penetración se pierde y se rompen algunas fibras estriadas. Al quedar en esta condición se habla de esfínter o ano complaciente, pues complace a diferencia de la mujer que es al contrario, cuando se dice himen complaciente se hace referencia a que las fibras son elásticas y después de la penetración vuelven a su normalidad.

Agregó que en el caso de un ano dilatado basta mirar de afuera para percatarse, respecto a la fisura ésta es secundaria a la rotura, la mejor prueba es ver la complacencia del ano mirando el fondo del recto, se ve tubulizado. Este examen se denomina prueba de Valsalva

Expuso que es reiterada la penetración, pues cuando ocurre una vez sólo se rompen algunas fibras del ano, cuando es niño se pierde más fibra, pues están inmaduros aún los tejidos que son más blandos, cuando es reiterado queda sumamente complaciente el ano.

Preguntado por la fiscalía sobre la existencia de alguna enfermedad que provoque estos mismos efectos sobre el ano de un niño respondió que existen diarreas, parásitos donde el niño pierde heces fecales, pero el tono no se pierde pues es independiente de la enfermedad, podría ser cuando existe una genecia del recto, pero no es el caso, el tono es el que da la pauta, añadió que hay enfermedades en que el ano se ha salido, se dilata pero sigue conservando el tono, pues el excremento va de afuera hacia adentro, al contrario de una penetración en que hay un forzamiento y rotura de las fibras, puso como ejemplo que hay heces fecales que son más voluminosas que el tamaño del pene, ahí el ano se dilata y vuelve después a obtener su ano normal. Por último, afirmó que cuando hay diarreas no hay cicatrices, si quedan manchas pigmentadas.

Consultado, dijo que puede haber incontinencia precisamente por la penetración, pues hay

ruptura de las fibras.

Finalmente concluyó que además hubo penetración bucal porque le preguntó varias veces y no le respondió, identificaba perfectamente la parte genital masculina y al final respondió.

Contraexaminado por la defensa señaló que efectivamente consultó por enfermedades anteriores del menor, no lo consignan en el protocolo si no traen antecedentes por escrito, en todo caso está claro lo ocurrido, pues nunca tuvo dudas de la penetración.

Respondió a una pregunta de que si hubiese sospechado la existencia de otras enfermedades relacionadas con ano dilatado del menor le habría solicitado los antecedentes al fiscal.

Respecto del tacto rectal efectuado por otro médico no se podría pronunciar. Agregó que las cicatrices eran no recientes, se consideran así las que son de un periodo de cicatrización que no supera los quince días, las demás son no recientes y no se puede determinar el hecho que la originó.

Por último, aseveró que no se pudieron originar por otro objeto que no fuera el pene, pues en ese otro caso se producen lesiones de tipo horizontal, estrelladas, múltiples, señaló que es coincidente lo evaluado en el examen físico y la anamnesis, esta última es importante, es posible que un paciente mienta, pero el legista debe decir lo que encuentra, son los jueces los encargados de verificar si alguien miente. En todo caso, sabe cuando un paciente tiene problemas producto de una agresión sexual, en otros casos ha detectado la mentira y este no es el caso. Reconoció el peritaje que de esta manera se incorporó también como prueba documental.

Prestó declaración la perito María Ilabaca Cabezas, psicóloga del Servicio Médico Legal, quien refirió que examinó al acusado Jorge Astete Romero a fin de evaluar rasgos de personalidad, manejo y control de impulsos u otro antecedente relevante para la investigación.

Para ello, agregó, utilizó una entrevista clínico-pericial y la aplicación de una prueba proyectiva que es el test de Rorschach que le permitió apreciar que el entrevistado posee una buena adecuación a la realidad, percibe los detalles, tiene buen nivel intelectual. No hay manifestaciones psicopatológicas de relevancia, el pensamiento mantiene una secuencia lógica y narrativa, de modo que es posible descartar la existencia de alteraciones psicopatológicas de

relevancia médico legal en esta esfera, el juicio de realidad se encuentra conservado. No hay indicadores que den cuenta de fallas relevantes en la modulación de sus impulsos agresivos ni sexuales, lo que no quiere decir que no existan, sino que no fueron demostrados con la evaluación y a nivel proyectivo es posible apreciar un interno por vincularse, pero con una afectividad centrada en sí mismo de carácter egocéntrico.

Con relación al relato del imputado manifestó que al ser un adulto no le pudo hacer un test de credibilidad, pues no se hacen en el Instituto Médico Legal, la metodología existente no cuenta con la validez y confiabilidad para dicho efecto, los instrumentos aún tiene un veinticinco por ciento de error en adultos. Respondió a una pregunta que no existe un perfil de abusador sexual, no se ha logrado determinar con certeza, sólo pueden establecerse rasgos.

Contraexaminada por la defensa refirió que sólo evaluó rasgos de personalidad, existen indicadores que se pueden establecer por ejemplo el test de Roschach que utilizó, pero no los encontró en el acusado. Añadió que los psicólogos utilizan diversos instrumentos de acuerdo a la formación de estos.

El Ministerio Público presentó el testimonio de Elizabeth Bustos Soto, vecina del menor afectado quien refirió que éste era un niño tímido, se aislaba, lloraba y le llamó la atención la forma rara en que caminaba. Agregó que su vecina le contó que peleaba con su conviviente y que éste en una oportunidad trató de besar a uno de sus hijos de nombre Andrés.

Preguntada por el acusado señaló que tenía ambiente con gente que fumaba marihuana, maltrataba a su vecina y la madrastra de él la amenazó si declaraba.

Contraexaminada señaló que no es amiga de la denunciante, pero conversaba con ella cuando iba a comprar cigarrillos a un kiosco de su propiedad. Preguntada por el consumo de marihuana del imputado expresó que todo el mundo lo veía fumar. Aseveró que efectivamente Astete trabajaba fuera de San Fernando.

Compareció, además la testigo Ana María González Valladares, quien expresó que es vecina de la denunciante Marisol Meneses, y escuchó decir que el niño menor de ella había sido violado,

agregó que el ofendido era tímido y que el acusado lo llamaba y el niño le demostraba temor. Aseveró que le consta tal situación porque el menor jugaba con su hija.

Con relación al acusado dijo conocerlo desde hace quince años, también golpeaba a su anterior mujer, situación que supo por dichos de una cuñada que falleció.

Contraexaminada manifestó que efectivamente los niños de su vecina estaban internados en la escuela hogar durante la semana y el acusado trabajaba fuera de la ciudad, pero en una oportunidad estuvo un tiempo más largo en San Fernando.

Prestó declaración Francisco Fuentes Tapia, quien manifestó que en su calidad de Inspector de la Policía de Investigaciones le correspondió entrevistar a los testigos, a la denunciante, a un hijo de ésta y al imputado, quien negó la acusación y señaló ser inocente, expresándole que a mediados de junio de 2004 y luego a mediados del mismo mes tuvo una discusión con su conviviente, señaló que le afirmó que trabajaba en el norte del país y sólo pasaba una semana en la casa.

Agregó que uno de los hijos de la denunciante a quien entrevistó le dijo que en una oportunidad el imputado trató de darle un beso en la boca, a su vez la denunciante le expresó que el menor le contó que el acusado lo había penetrado.

Reconoció las fotos que le fueron exhibidas como las que el mismo tomó en la casa habitación donde ocurrieron los hechos, las que a través de su declaración fueron incorporadas al juicio.

Contraexaminado no recordó la fecha de la denuncia, pero después afirmó que había sido el 24 de junio de 2004, y que las instrucciones que le dio la fiscal no fueron cumplidas totalmente por él, en atención a que se las cambió mediante una orden verbal, por ello no entrevistó a los docentes del menor ni a los facultativos, pero sí examinó los peritajes médicos, expresando que la fecha del delito se consignó en uno de los peritajes como "fecha reciente". Por último manifestó que no indagó sobre el comportamiento anterior del niño.

Finalmente se presentó el testimonio de Sara Valladares Peña, vecina también de la denunciante quien refirió que en una oportunidad al llamar a su vecina, apareció el menor ofendido con sus pantalones abajo y al preguntarle que ocurría le dijo que el

papá le estaba haciendo “cosas”, agregó que el menor caminaba raro, y que se quedaba con el acusado en la casa.

Respecto al acusado afirmó que pasaba mucho tiempo fuera del hogar y luego algunas semanas en San Fernando y mencionó que la madrastra de éste le dijo que si hablaba iba a caer presa.

Contraexaminada refirió que no recuerda haber conversado con el detective de la defensa.

Todos los antecedentes referidos fueron corroborados, además, con el mérito que se atribuyó a los documentos agregados por el Ministerio Público, correspondientes al informe médico legal de delitos sexuales, incorporado con la declaración del doctor Pedro Ipanaque Burga, y el primer informe de atención médica incorporado también con los dichos del doctor Vial Gaete y los psicológicos efectuados por Elena León y María Ilabaca Cabezas.

SEXTO: Que, en consecuencia, al momento de la deliberación, para acreditar el elemento del tipo consistente en la penetración anal y bucal, se contó con la declaración del menor, quien presentó un relato coherente, creíble en sus aspectos sustanciales y concordantes con los demás antecedentes presentados por el Ministerio Público. En efecto, el ofendido describió detalladamente los hechos ocurridos en el domicilio que compartía junto a sus hermanos, su madre y el conviviente de ello –el acusado– dando cuenta al mismo tiempo que este sujeto lo penetraba con su miembro en la vía anal y, en forma, clara hizo gestos que corresponden a la manera como lo obligaba a agachar la cabeza para introducirle el miembro viril en la boca, lo que sucedió en varias oportunidades, como también que “le daba besos con lengua en la boca”, pero no lo contó a nadie por temor hasta que se lo dijo a su mamá. Además, los dichos de la madre del menor ofendido, quien corroboró su afirmación al expresar que se enteró de lo ocurrido por medio del relato que le hizo su hijo y lo llevó al médico, donde se lo confirmaron; antecedentes corroborados por los dichos del médico Gabriel Vial Gaete, quien examinó al ofendido en el Servicio de Urgencia el día que fue llevado hasta dicho centro asistencial por su madre encontrando evidencia clara de penetración anal, cuestión que es concordante con las declaraciones y explicaciones del perito del Servicio Médico Legal, doctor Pedro Ypanaque Burga, quien, de acuerdo a la anamnesis y al examen físico que practicó al menor ofendido,

concluyó que las lesiones que detectó son compatibles con penetración anal repetida y penetración bucal. En consecuencia, todos estos elementos unidos armónicamente, en una trabazón lógica y orgánica y analizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, nos permitieron establecer, más allá, de toda duda razonable, que en distintas oportunidades durante el período que media entre el año 2.001 y junio de 2.004, un sujeto, aprovechando que se quedaba sólo en su domicilio ubicado en pasaje o calle Rivera del Río n° 37 de la Población santa Elena de San Fernando, con el menor de iniciales C.D.C.L.M., nacido el 8 de noviembre de 1.995 pues era conviviente de su madre, procedió a efectuarle tocaciones al menor en su cuerpo, a darle besos en la boca y a introducirle el pene en su boca y ano, bajo la amenaza de atentar contra el menor y su madre si contaba lo sucedido.

SÉPTIMO: Que los hechos descritos anteriormente tipificaron el delito continuado de violación, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, puesto que resultó probado que el sujeto activo accedió carnalmente, por vía bucal y anal, a un menor de 14 años.

En efecto, los hechos establecidos constituyeron un conjunto de conductas ilícitas sucesivas del mismo sujeto, ejecutadas con un mismo propósito, en un lapso que –como se dijo– medió entre el transcurso del año 2.001 y junio de 2004, sin que sea posible determinar el número de ellas ni precisar la data en que cada una se realizó, dentro de ese período, todas las cuales fueron de carácter homogéneo y violan un mismo precepto sancionatorio legal, esto es, el artículo 362 del Código Penal, toda vez que un sujeto accedió carnalmente a un menor de catorce años, por lo que, debe sancionarse su conducta como un delito continuado de violación.

Por lo demás, la forma en que aparecieron redactados los hechos en la acusación oficial, a la que se adhirió la querellante, no podría permitir una separación de las conductas atribuidas al acusado, sin atentar con ello de manera flagrante contra el principio de la congruencia al que se refirió su defensa, por cuanto se trata de una construcción fáctica única, que no hace distingo alguno respecto de ellas, sin perjuicio de que, en su oportunidad, sean consideradas a propósito de la extensión del mal causado, a que se refiere el artículo 69 el Código Penal, por lo que no es posible aceptar la calificación

jurídica de abuso sexual propuesta en la acusación y no se sancionará en consecuencia por este tipo penal, teniendo además presente lo dispuesto en el artículo 63 inciso segundo del Código Penal.

OCTAVO: Que, para acreditar la participación del acusado se contó con los mismos antecedentes ya analizados, especialmente, con la declaración del menor ofendido quien, en la forma reseñada en el considerando quinto (5°) dio cuenta de los sucesos de que fue víctima por parte del acusado y lo hizo de manera verosímil, tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo, pues, sus dichos guardaron relación con las circunstancias de comisión del delito y fueron veraces atendiendo, en primer término, a su persistente, sostenida y unívoca imputación mantenida desde el mismo día en que se develó, cuando dio cuenta a su madre de las agresiones sexuales que sufrió, lo que mantuvo luego ante el médico que lo examinó en el servicio de urgencia, y a partir de allí, en términos similares en diferentes instancias durante el curso de la investigación y hasta la audiencia del juicio oral, donde directamente expuso al tribunal un relato claro para su edad, que formó convicción, pues pareció sincero y espontáneo, como asimismo se vio exento de tendencias o manifestaciones fabuladoras, como se pudo percibir al explicar tímidamente el menor con gestos, la forma como el acusado lo sometió físicamente para consumir la penetración bucal. Por otra parte, la versión del niño no acusa, de la manera que se manifestó, la existencia de una relación de hechos aprendida o dirigida por terceros. En este mismo orden de ideas, avala su credibilidad la pericia psicológica que le fue practicada por la perito Elena León Lastra, quien lo evaluó en el mes de octubre de 2004, realizando una entrevista y examen de credibilidad a su testimonio; la posible extensión del daño y cualquier otro antecedente importante para la investigación. Al efecto, acudió a su domicilio y realizó una primera entrevista para establecer vínculos con el menor, y luego otra para verificar su credibilidad, revisó los antecedentes de la carpeta judicial y posteriormente realizó dos entrevistas más para evaluar algunos aspectos de la personalidad del niño, al cual le formuló preguntas abiertas, no sugestivas, que le permitieran recordar sin interferencias lo sucedido.

Agregó que el menor llegó con una actitud tímida, colaborador, durante un tiempo largo se

mostró compungido, adolorido, le mencionó que había sido objeto de abuso desde que cursaba el kinder, le costó hablar al respecto y lo hizo en forma desordenada. Indicó que utilizó en esa entrevista la prueba de verdad-mentira, la entrevista cognitiva y los criterios diagnósticos cualitativos del CBCA como base metodológica, también la observación clínica a través de la “hora de juego Diagnóstica”.

Relató que, al momento de la evaluación, el estado mental del menor era adecuado, orientado temporo-espacialmente, poco usual para su edad y las características graves de la supuesta situación abusiva, concluyendo que poseía un nivel de inteligencia que bordeaba el rango normal promedio, con una situación escolar esperada para su edad y que se vinculaba profundamente con su grupo de pares con los que comparte en la escuela hogar.

Respecto de los hechos señaló que el menor le dijo que la pareja de su madre lo llevó a la pieza matrimonial y le habría intentado meter el pene en la boca, expresándolo con su correlato gestual, y que corría la cara, le expresó que el acusado lo obligaba y lo llevaba a la pieza cuando la madre no estaba e incluso le manifestó que el imputado le decía a su madre que lo dejara con el y que no lo llevara a comprar. Agregó que la pieza matrimonial tiene un baño y el menor se metía a este para evitar la situación que venía después y el padrastro lo apuraba y no podía zafarse, señaló que le contó que lo llevó hasta el dormitorio, lo tiró de “guatita” a la cama y se lo “metió”, lo dijo muy rápido, agachando la cabeza. Manifestó que los detalles que mencionó el niño y la forma en que lo dijo resultó altamente creíble, más aún cuando precisó que el padrastro trató de echarle algo como aceite. Otro antecedente a evaluar respecto de la credibilidad fue el relato del menor con gestos, por ejemplo, cuando le dijo que le introdujo el pene, el niño le manifestó que se aguantaba e hizo el gesto de resistir al agente invasivo, a la vez que sus manos se contraían cerrando los dedos. Agregó que el relato es coherente en todo sentido, emocional y en lo cognitivo con un orden secuencial, claro, describiendo varios eventos, hace mención a que era chico cuando empezaron los abusos. Además refirió que el acusado le señaló que lo invitó en una oportunidad a hacer el amor y al preguntarle que entendía por eso, el niño le dijo que era darse besos y “juntar los potos”. Tal narración le aportó credibilidad al relato, más aún cuando ella en la visita domiciliaria

constató los elementos a que aludió el niño, como la pieza, el baño, el sillón y el comedor.

En relación a la influencia de terceros, la profesional contestó que no la hubo, pues la develación fue circunstancial, ocasionada por una pelea entre la pareja y ganancia secundaria no existió, pues el padrastro era el proveedor de la casa y la madre no trabajaba, el menor estaba atemorizado y compungido por la posibilidad de que el acusado saliera de la cárcel.

Con relación al daño, los menores reaccionan de manera distinta, tuvo una enfermedad, presentó una hipocresis que fue tratada y que explicó la situación abusiva, tenía temor a la oscuridad, es probable que haya vivido un abuso reiterado, tuvo que sobrevivir, que hacer una acomodación cognitiva. Le mencionó que nunca había hablado antes porque sabía que su madre quería a su pareja y ésta lo quería a él, lo que le llamó la atención. Agregó que el daño era grave, hubo abuso sexual, vocaciones y violaciones reiteradas. El menor requiere de reparación por medio de terapias.

Consultada la psicóloga por qué el menor no incorporó en su relato fechas, contestó que por la gravedad del daño y explicó, además, que el método utilizado, el CBCA, lo inventó un alemán y está validado en muchos países, pero sólo respecto de niños, en adultos hay un veinticinco por ciento de error. En todo caso, no todos los menores resultan creíbles, hay niños manipulados por las madres, hay un diez por ciento que no resultan creíbles.

Contraexaminada manifestó que la psicología era compleja, el CBCA no era infalible, no está validado en Chile, sí se utiliza en Europa. El niño tiene efectivamente problemas para discernir la realidad de la fantasía, también afirmó que puede haber mitomanía para llamar la atención de los adultos.

El instrumento utilizado si bien no está validado, como muchos otros, hay otros factores que dan cuenta de la credibilidad y depende de la experticia del perito. Agregó que ella se está continuamente perfeccionando en el tema. El test tiene que ver con la cultura del entrevistado.

Añadió que utilizó otros instrumentos como la visita domiciliaria, la narración libre y no hacer preguntas sugestivas, métodos utilizados en el Servicio Médico Legal, por otro lado, está haciendo diversos cursos y ya tiene la suficiente experiencia.

Ha realizado a lo menos cuarenta peritajes en el nuevo sistema procesal y en el anterior sistema cerca de ochenta. Se le exhibió su peritaje, que de esta manera se incorporó como medio probatorio, y que estaba ofrecido en el auto de apertura del juicio oral.

Finalmente, a una pregunta del defensor, dijo que el menor tiene una inteligencia normal promedio, pero el no recordar fecha es por la experiencia traumática, hay un estrechamiento de la conciencia, y no es contradictorio con el rendimiento escolar del ofendido, pues él se adapta al sistema escolar, hay niños que efectivamente tienen problemas, en el caso del menor examinado hay reiteración en el tiempo, está en crecimiento, quizás ahora no los tenga, pero después pueden aparecer.

De esta forma y acorde a las conclusiones de la perito, en opinión del tribunal el relato del menor pareció producto de una experiencia vivida y no un relato manejado por terceros adultos, descartándose con ello, y en su situación actual, alguna ganancia secundaria. Lo mismo, podría sostenerse con respecto a la relación de la víctima con el acusado y la familia de éste, desde el momento en que la prueba rendida, incluso por la defensa, permitió descartar cualquier animadversión, sentimiento de odio, venganza o enemistad que motivara la incriminación del acusado y la denuncia efectuada en su contra.

Desde otro punto de vista, que el menor no recordara las fechas de cada penetración ni pudiera separarlas de las tocaciones o los besos en la boca que le dio el acusado, no hace sino convencer que su relato no fue producto de la mera repetición de términos o de situaciones inventadas o aprendidas. Lo contrario, esto es, un relato idéntico en todos sus detalles, es lo que invitaría a dudar por no ser eso lo normal cuando se describen las circunstancias que conforman un fenómeno siempre complejo, como lo es el delito, y menos, tratándose de un niño de cinco años a la época en que se inició, carente de mayor experiencia de vida que recordar o memorizar.

Por último, el relato del menor fue en sus aspectos sustanciales y determinantes concordante y respaldado con la demás prueba de cargo rendida por el Ministerio Público. Así apoyó lo expuesto por el menor las lesiones encontradas en su zona anal por los dos médicos que lo examinaron y que en opinión del legista que declaró, doctor Pedro Ypanaque, tuvieron como causa repetidas penetraciones en esa parte de su cuerpo, lo que, a estas alturas, no puede

estimarse como una mera casualidad inconexa respecto de la imputación del menor, sino que, un indicio claro acorde a sus aseveraciones, lo que avaló la incriminación que mantuvo contra el acusado.

Las afirmaciones sobre una eventual enfermedad que explicaría las lesiones anales del menor fueron meramente especulativas desde el momento que –como lo explicó el mismo médico legista– tal posibilidad, desde el punto de vista de su ciencia y en base a su experiencia, quedó descartada, sin que la defensa, a propósito de esta prueba, rindiera otra de igual entidad que la confrontara. A este respecto, si bien el perito investigador Ignacio Contreras Saintard señaló haber recabado información científica que apoya la versión de la defensa, resulta de nulo valor probatorio su peritaje, pues él no acreditó tener ningún conocimiento experto en el área médica, de manera que sus afirmaciones sobre el punto no pudieron hacer fuerza para decidir una absolución.

Tampoco la declaración de la doctora Margarita Henríquez González que fue presentada por la defensa aportó conclusiones en contrario, por cuanto en primer lugar lo que respecta al examen de tacto rectal que le practicó al menor en Octubre de 2002, ello no pudo causarle lesiones en dicha zona, porque a tal posibilidad no se refirió la profesional y antes fue descartada por el médico legista.

En segundo término, la doctora manifestó que lo atendió por una dificultad de evacuación, sin acusar algún otro tipo de enfermedad específico y por otro lado, no apreció rastros de abuso sexual, lo que habría consignado en la ficha clínica.

En suma, los antecedentes de cargo analizados formaron en conjunto la convicción necesaria en este tribunal para dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que al acusado Jorge Luis Astete Romero le cupo participación de autor en el delito continuado de violación que se estableció, por haberlo perpetrado de un modo inmediato y directo, sin ser relevante a este respecto su persistente y cerrada negativa, toda vez que ésta se encuentra completamente desvanecida y desvirtuada con la incriminación sostenida desde un principio y hasta la audiencia del juicio oral por la víctima, cuyo poder de convicción en la decisión de este tribunal, fue avalado por la prueba pericial que dio cuenta de las lesiones con que resultó.

NOVENO: Que la defensa en apoyo de su petición principal de absolución, presentó el testimonio de Noemí Solorza Fredes, cónyuge del imputado, quien manifestó que se casaron en 1980, tienen dos hijas, es un buen padre de familia, pero se separaron por problemas de pareja, que no tuvieron su origen en asuntos sexuales o un comportamiento impropio.

Agregó que su esposo consumía marihuana, era celoso, y mal genio, causas que la llevaron a romper el matrimonio, pero no bebía y era un buen padre de sus hijas hasta ahora, a quienes les pasaba dinero y les compraba cosas, añadió que tal situación se acabó cuando su marido conoció a “un personaje”, que es su actual pareja, la que impidió que viera a sus hijas o las ayudara económicamente.

Contraexaminada, expresó que ahora son solo amigos, que no es efectivo que haya intentado abusar de una de sus hijas, que fue un invento de Ana Valladares.

Aclaró que al convivir con la denunciante dejó de pagar los estudios de su hija mayor, e incluso en una oportunidad ésta última tomó el teléfono para insultarla y negarle dinero, agregó que la situación actual es culpa de la conviviente, ha visto llorar a sus hijas, no han podido dormir por el juicio, precisando que no quiere que su marido esté preso.

Comparecieron, además Priscilla y Jennifer Astete Solorza, quienes expresaron que vivieron con sus padres, una hasta los trece años y la otra hasta los siete años, nunca tuvo una conducta sexual impropia con ellas, la primera de las declarantes afirmó que sólo en una oportunidad vio a su padre darle “un charchazo” a su madre y la segunda de ellas ignora tal circunstancia.

Entrando de lleno al análisis de esta prueba en esta parte del fallo por parecerle al tribunal que la sistemática del mismo lo amerita, debemos señalar que en lo que dice relación a la cónyuge e hijas del acusado, ningún dato de significación probatoria en apoyo a la teoría de la defensa pudimos extraer de sus dichos en la medida que, en primer término, ninguna de ellas estuvo presente y ni siquiera en algún lugar próximo al sitio del suceso cuando se verificaron las agresiones sexuales al menor, pues, de la época de la separación conyugal del acusado se han mantenido residiendo en la ciudad de Santiago. La vía por medio de la cual tomaron conocimiento

de lo ocurrido fue la persona del acusado y ello sumados a los vínculos familiares cercanos y emotivos que le guardan, según lo afirmaron y el tribunal lo pudo apreciar en la audiencia por el apoyo que le brindaron hasta el final del juicio con su presencia en la sala sus dos hijas, configuran la situación de afectación de imparcialidad contemplada en el artículo 309 del Código Procesal Penal, lo que es natural y no criticable en una relación de padre e hijas como la que dijeron ellas haber tenido.

Sus dichos evidenciaron esta falta de imparcialidad al referirse en particular a la denunciante y a la situación de convivencia de su padre, como asimismo a la situación económica que han debido enfrentar a raíz de ello, de manera que no podía sino esperarse como en definitiva se verificó que apoyaran la negativa del padre respecto de los hechos imputados.

La defensa presentó a declarar al perito Mauricio Pavez Diez, psicólogo, quien confeccionó una evaluación al acusado que tuvo por objeto –según dijo– indagar si presenta el perfil psicológico de un abusador sexual. El perito señaló que efectuó una entrevista al acusado el día 2 de noviembre de 2004, entre las 12:45 y las 16:00 horas aplicándole el test de Rorschach y la prueba psicoanalítica Abrahamson- Rosanoff-Jung, concluyendo en virtud de los datos obtenidos y la entrevista clínica que no presenta el perfil psicológico de un abusador sexual o alguna alteración sexual que tenga relación con el ilícito que se le imputa. Además, concluyó que su versión es veraz y sincera y que no manifiesta ningún intento de ocultar, omitir o falsear información.

Sobre esta prueba se debe decir lo siguiente: en primer término, en cuanto a sus aspectos formales la exposición que hizo el perito particularmente en lo que respecta al test psicoanalítico de veracidad de las declaraciones del acusado, careció de poder de convicción, pues, como reconoció el psicólogo no es una prueba validada en nuestro país por lo que su confiabilidad en el área de la psicología es al menos dudosa, a lo que se agregó su poca experiencia en el ejercicio de su profesión por tratarse de un novel profesional recibido recientemente, según su acreditación en la audiencia. Aún más, tratándose el examinado de una persona adulta de cuarenta y ocho años de edad, donde como expuso la psicóloga del Servicio Médico Legal María Eugenia Ilabaca se optó por la no realización de pericias que apunten a

determinar la credibilidad de personas adultas, porque se comprobó que el margen de error era muy alto para otorgar confiabilidad científica, precisando que una de cada cuatro personas adultas puede mentir y superar dicha pericia, sin mayores problema.

La misma opinión surgió últimamente en nuestro país de acuerdo al saber común que impera respecto de casos de connotación pública nacional, donde una presunta víctima adulta reconoció a los medios de comunicación y ante un tribunal de la República que faltó a la verdad en sus dichos, a pesar de que estos fueron considerados creíbles y avalados como tales por pericias de esta naturaleza.

Por otro lado y con lo discutible que este perito se haya extendido en el objetivo de su peritaje a abarcar la credibilidad del relato del acusado, lo cierto es que dicha tarea es labor propia del rol que los jueces ejercen en la audiencia del juicio oral, que se manifiesta cuando el acusado renuncia a su derecho a guardar silencio. Así mirada las cosas, al tribunal no le parece que los estándares de credibilidad de una declaración rendida en la audiencia como medio de defensa queden sometidos a distintas pautas fijadas de antemano por un psicólogo, de acuerdo a su particular fuente de conocimiento, no contrastadas en el debate. Que la prueba se rinde en el juicio oral es una máxima incuestionada y que aparece explícita en los artículos 296 y 340 del Código Procesal Penal.

En segundo término, de acuerdo al mérito probatorio de la pericia, ésta al ser practicada varios meses después de los hechos da cuenta de la apreciación que en ese época tuvo el perito sobre la persona del acusado, 22 de noviembre de 2004, pero nada nos pudo aportar en lo que respecta al acaecimiento o no de tales sucesos. Por más que el perito pretendiera hacer extensivo su opinión en relación con los ilícitos que se le imputan al acusado, no pudo descartar que éste los haya cometido. Tampoco existen datos o información previa o coetánea a los hechos que, mirados desde la perspectiva de la profesión que ejerce este perito, concedan precedentes más seguros que permitan descartarlo o que por lo menos apoyen sus conclusiones.

En suma, la prueba de la defensa –en lo debatido– no introdujo información que haga variar las conclusiones arribadas precedentemente, por cuanto en algunos aspectos no incorporó datos incompatibles con la prueba de cargo y, en otro ámbito, no

demonstró tener la suficiencia necesaria para oponerse íntegramente a la prueba de cargo.

DÉCIMO: Que, tal como lo reconoció el Ministerio Público y la querellante, favorece al acusado la atenuante de irreprochable conducta anterior del artículo 11 n° 6 del Código Penal, que se acredita con el mérito que fue posible atribuir a su extracto de filiación y antecedentes, exento de anotaciones penales pretéritas y la prueba testimonial rendida por su defensa.

En efecto, la defensa llevó a estrados a José Cabezas Cabezas y a Lides de las Mercedes Silva, cónyuges entre sí, y a José Pavez Loyola, y Bernardo Pavez Catalán, quienes manifestaron conocer desde niño a Jorge Astete y no le conocen conductas sexuales impropias y que se trata de una persona trabajadora, tranquila que trabaja fuera de la ciudad, como soldador, manifestando, además, Pavez Loyola que ha escuchado comentarios sobre la inexistencia de los hechos que se le imputan al acusado, testimonios que el tribunal tuvo en cuenta a la hora de evaluar la procedencia de la atenuante de irreprochable conducta anterior, solicitada por su defensa y que le fuera reconocida por la fiscalía y la querellante.

Para el mismo efecto, pudimos considerar los dichos de la Asistente Social María Barahona Contreras, que depuso sobre el informe social que practicó al imputado concluyendo que en su opinión, éste presenta arraigo social que le permite vincularse positivamente con el medio en el cual se encuentra inserto.

Con igual finalidad tuvimos en cuenta la prueba documental que incorporó mediante lectura resumida la defensa, pero en cambio, estos antecedentes y los señalados precedentemente se estimaron insuficientes para otorgarle a dicha minorante el carácter de muy calificada.

DÉCIMO PRIMERO: Que con relación a la agravante especial solicitada por la fiscal y la querellante, esto es, la del artículo 368 del Código Penal, consistente en que al cometer el delito el acusado tenía a su cargo el cuidado y mantención del menor ofendido y que se fundó en las circunstancias que el acusado vivía en el mismo domicilio que la víctima, que era el conviviente de la madre y que el menor compartió con el imputado en esas condiciones; a juicio de este tribunal no se verificó tal modificatoria,

dado que la prueba rendida por los referidos intervinientes no demostró suficientemente los presupuestos de la misma, en particular la exigencia de especial posición activa a que se refiere dicha norma legal respecto del hechor para considerarla.

En efecto, entre las innovaciones de la ley 19.617 se amplió el número de personas con cualidades especiales o posiciones de confianza que constituyen la agravante de responsabilidad que exige que la persona encargada a cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado de la ofendida, tenga a lo menos un vínculo que justifique tales situaciones, exigencia que tiene una naturaleza objetiva, en el sentido que refleja un plus de un injusto mayor en la antijuridicidad del acto, porque el agente no sólo debe vulnerar la libertad sexual del ofendido, sino además lesionar los especiales deberes jurídicos derivados de su función o vinculación personal con el sujeto pasivo; en el caso sub-lite el agente no versa situación alguna de las mencionadas en el artículo 368 del Código Penal y por el hecho de ser conviviente con la madre del menor ofendido, no puede concluirse que estaba encargado de la educación, guarda o cuidado del mismo.

Para este tribunal, no fue posible arribar a otra conclusión, pues, en primer término, es un hecho no discutido que el acusado permanecía sólo en ciertas y determinadas oportunidades en la casa de su propiedad que compartía con su conviviente y los hijos de ésta, entre los cuales estaba el menor ofendido, lo que se verificaba cuando se le concedía descanso en su trabajo en la empresa donde se desempeñaba como soldador calificado, cerca de la ciudad de Calama, lugar desde donde debía viajar a su casa para dicho efecto. Tampoco se discutió que el menor ofendido por su parte, junto a sus demás hermanos, permanecían internados en una Escuela Hogar de lunes a viernes y que algunos fines de semana no iban a la casa que compartían con el acusado.

Además, de acuerdo a los dichos de la madre y del menor ofendido, el acusado mantenía con el menor y sus hermanos un trato distante que no es el propio de personas que viven bajo un mismo techo.

Por lo expuesto no se acreditó suficientemente la existencia de una especial posición del acusado respecto del menor ofendido, como las contenidas en

el artículo 368 del Código Penal, que permitiera suponer que con el ilícito que ejecutó en su contra vulnerara la eventual confianza que el menor depositó en su persona. Aún así y en el evento de que se pudiere aceptar la existencia de una mínima confianza, no se vio en la especie cómo se abusó de ella, puesto que al imputado le bastó que el menor estuviera circunstancialmente con él para conseguir su bajo propósito de abusarlo sexualmente sin que para ello se valiera de su confianza. El trato que mantenían y acercamiento físico dado por las condiciones de habitación en que vivían, no significó crear una relación estrecha de confianza y cariño o una relación de tutela proteccionista, de aquella que todo padre debiera tener con su hijo, ni que el menor considerara al acusado como un referente de protección y cuidado. El concepto de confianza hace referencia más bien que el agresor, aprovechándose de la familiaridad y de la credibilidad que la víctima tenía hacia él, le permite cometer sus propósitos con mayor facilidad, de tal modo que hiciera posible la ejecución del injusto.

DÉCIMO SEGUNDO: Que la pena prevista por la ley para el delito es una de presidio mayor en cualquiera de sus grados y al tratarse de un delito continuado no corresponde aplicarla en su mínimo. Y como lo favorece una circunstancia atenuante de responsabilidad criminal y no le perjudica agravante alguna, de conformidad con el artículo 68 del Código Penal, no se aplicará en su grado máximo, por lo que se regulará en una de presidio mayor en su grado medio.

En cuanto a la acción civil.

DÉCIMO TERCERO: Que en representación de Marisol del Carmen Meneses Gajardo se dedujo demanda civil de indemnización de perjuicios en contra de Jorge Luis Astete Romero en calidad de autor del delito de violación en contra del menor hijo de la actora, fundada en que hace aproximadamente 12 meses el menor en casa de la hermana de la demandante, le señaló que el papa "Astete "le tocaba el potito y le daba besos con lengua."

Agregó que en posteriores conversaciones le expresó que el acusado habría en reiteradas oportunidades efectuado tocaciones en sus genitales y también con su pene le habría penetrado el ano y obligado a realizar sexo oral, hecho que se constató en el informe del servicio médico legal que diagnosticó

"violación con penetración anal y bucal de carácter grave.

Expuso que el actuar doloso del demandado –Jorge Astete– le ha causado un sufrimiento moral considerable, esto es un dolor, padecimiento, detrimento, menoscabo, molestias y sufrimientos en la persona de su mandante, ya que psicológicamente es imborrable una experiencia como la que ésta vivió, más aún, cuando al día de hoy junto a su hijo se encuentran realizándose un tratamiento médico para superar el trauma ocasionado por el acusado, por ello es de toda justicia la reparación del daño extramatrimonial causado y que, si bien es difícil cuantificarlo no por ello quedará indemne.

Aseveró que en la especie existe daño moral y extramatrimonial dado que la actora ha sufrido un trastorno psicológico severo privaciones, pesares, depresión, miedo, temor, frustración y demás secuelas todas las cuales persisten hasta el día de hoy y para el futuro. Según lo sostenido por la Excelentísima Corte Suprema en el sentido de que existe daño moral, perjuicio o aflicción, en lo relativo a sus facultades espirituales, situación que en el caso sub lite se da por lo que demanda del acusado la suma de \$25.000.000.- por concepto de daño moral.

DÉCIMO CUARTO: Que, la actora civil, presentó prueba testimonial conformada por las declaraciones de Sara del Carmen valladares Peña y de los testigos de la fiscalía, Elizabeth del Carmen Bustos Soto y Anita María González, quienes fueron contestes en la aflicción que ha debido soportar la actora a raíz de los hechos y sus consecuencias.

Por su parte la defensa presentó la declaración de María Barahona Contreras, perito, asistente social quien evacuó un informe

DÉCIMO QUINTO: Que, acreditada la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en el mismo le cupo al acusado, se estableció el primer presupuesto procesal de la pretensión de la actora, esto es, que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto de la acción penal.

Por lo mismo, está acreditada la legitimación pasiva del acusado para litigar respecto de esta acción.

De la misma manera, la intervención de la demandante, madre del menor ofendido, en la

oportunidad señalada en el artículo 261 letra d) del Código Procesal Penal, siendo considerada víctima del delito de acuerdo al artículo 108 letra b) del mismo código, demuestra la legitimación activa de su pretensión, estando a la vez facultada por el artículo 59 del citado texto legal, en concordancia con las normas referidas para deducir, dentro del proceso penal, las acciones civiles a las que haya lugar, con motivo de la comisión del ilícito penal acreditado.

Finalmente, de la prueba testimonial aportada por la demandante, aparece que a raíz de los hechos ocasionados a su hijo menor de nueve años se sintió afectada en términos de sufrir un evidente daño moral, consistente en el sufrimiento o padecimiento por la situación vivida por el ataque sexual a su hijo llevado a cabo por su propio conviviente, lo que evidenció, además, al prestar declaración en la audiencia del juicio oral.

DÉCIMO SEXTO: Que, atendidos los hechos establecidos en el juicio, principalmente que las agresiones sexuales que ejecutó el acusado contra la víctima, le provocaron secuelas físicas inmediatas sin que a la fecha, además, el daño psicológico también causado al menor haya podido ser reparado, no obstante acudir todos los días sábados a un tratamiento de terapia precisamente reparatoria- como lo refirió la madre y la psicóloga-naturalmente, debió originar en la primera el pesar y aflicción que invoca, por lo que es posible tener por acreditado el daño moral alegado como consecuencia del hecho punible, sin perjuicio del alcance mayor que dicho concepto tiene al ser lesionados intereses extrapatrimoniales, pues proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos y/o a las condiciones sociales o morales inherentes a la persona.

Por otro lado, la indemnización reclamada por el daño moral, encuentra su fundamento en la norma del artículo 2.314 del Código Civil, en cuanto establece la obligación del autor de un ilícito, de resarcir todos los perjuicios causados con motivo del mismo, entre los cuales se encuentra el antes indicado.

De esta manera, habiendo la demandante padecido de daño moral por las circunstancias de la agresión sexual continuada de que fue objeto su hijo menor, debe hacerse lugar a la demanda de indemnización de perjuicios que dedujo por dicho concepto, cuyo monto regulará el tribunal al apreciarlo

prudencialmente en la suma que dirá, dado su índole netamente subjetivo, que encuentra fundamento en la naturaleza afectiva de todo ser humano y atendido, el tiempo por el cual se ha prolongado dicho padecimiento desde que tuvo noticia de lo ocurrido, y por último teniendo además presente la capacidad económica del acusado según da cuenta del informe social que fue practicado por la perito María Teresa Barahona Contreras, dando cuenta de su situación económica y del escaso monto actual de sus ingresos, más en la circunstancia de encontrarse el imputado privado de libertad.

Por último, la suma indicada lo es sin reajustes ni intereses, por no ser del caso aplicarlos y en uso en la facultad reconocida al tribunal de regularla en la forma que se ha señalado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 26, 28, 50, 68 y 362 del Código Penal; artículos 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal y artículos 2.314 y siguientes del Código Civil, se declara:

I.- Que se condena a JORGE LUIS ASTETE ROMERO, ya individualizado, a la pena de DIEZ AÑOS Y UN DIA de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y a la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito continuado de violación impropia cometido en la persona del menor de iniciales C.D.C.L.M., entre el año 2.001 hasta junio de 2.004, en la ciudad de San Fernando.

II.- El sentenciado deberá sufrir efectivamente la pena privativa de libertad, al no cumplir con los requisitos de la ley 18.216, atendido la extensión de la pena, la que se contará desde el 27 de junio de 2.004, fecha desde la cual permanece interrumpidamente privado de libertad por esta causa, según en el auto de apertura del juicio oral.

III.- Se hace lugar, con costas, a la demanda civil interpuesta por doña Marisol del Carmen Menses Gajardo en contra del acusado, y se le condena a pagar la suma de \$1.000.000 (un millón de pesos) por concepto de daño moral.

En su oportunidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 inciso segundo, del Código Orgánico de Tribunales y artículo 468 del

Código Procesal Penal, remítanse los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía de San Fernando, para la ejecución de la pena.

Regístrese.

Redactada por el juez, señor Carlos Moreno Vega quien no firma, por encontrarse actualmente sirviendo el cargo de Ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua.

Rit 93-2005

Pronunciada por los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua Marcos Kusanovic Antinopai, don Carlos Moreno Vega y don Oscar Castro Allendes.

- **Estima que la agravante del artículo 368 del Código Penal se satisface por estar en el hecho a cargo del menor, no requiriendo la tutoría o cuidado legal.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor del delito de violación del artículo 362 del Código Penal, alegando la concurrencia de la agravante del artículo 368 del mismo Código. La Defensa sostuvo que la única prueba directa de la participación era la declaración de la víctima y solicitó el reconocimiento de las atenuantes del artículo 11 N°s 8 y 9. El Tribunal tuvo por acreditadas tanto la ocurrencia de la violación, como la participación del imputado en ella, considerando al efecto la congruencia de toda la prueba presentada que logró conformar en él la convicción condenatoria. En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, acogió la agravante invocada por la Fiscalía porque se probó en el juicio que la noche de los hechos el acusado era el único adulto de la casa, estando de hecho y voluntariamente a cargo de la menor al momento de violarla, situación de cuidado que aparece como consecuencia natural de su relación familiar, cercana, estrecha y mantenida en el tiempo, siendo irrelevante que la custodia legal hubiera estado a cargo de la abuela paterna. En cambio, rechazó las atenuantes alegadas por la Defensa, porque quedó demostrado en el juicio que el acusado se escondió tras la ocurrencia de los hechos, siendo detenido por Investigaciones gracias a la colaboración de un tercero, así como también resultó comprobado que no sólo no colaboró con la investigación, sino que intentó reducir su responsabilidad al declarar en el juicio, esperando para ello el momento de las palabras finales, que sentía lo que había provocado en su sobrina, pero negando haberla penetrado.

Texto completo:

Rancagua a veinte de diciembre de dos mil cinco.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el día Jueves catorce de Diciembre de dos mil cinco, ante esta Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, constituida por la Juez Presidente Alejandra Besoain Leigh y los jueces Roberto Cociña Gallardo y Rodrigo Gómez Marambio, este último en calidad de subrogante legal, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de los autos rol N° 160-2005, seguidos contra MIGUEL ÁNGEL LUCERO CARREÑO, nacido el 05 de enero de 1968 y por ende de 37 años de edad, cédula nacional de identidad N° 11.273.811-8, casado, maestro carpintero, con último domicilio en calle Campo Lindo N° 68 C, El Guindal, Machalí, actualmente recluso en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, representado por la fiscal Carolina Suazo Schwencke, con domicilio y forma de notificación registrados en el tribunal.

La defensa del acusado estuvo a cargo del abogado defensor particular Carlos Latiffe Saadi, con domicilio en calle Brasil N°841 de Rancagua.

SEGUNDO: Los hechos que fueron materia de la acusación del Ministerio Público, según se señala en el auto de apertura, consistieron en que el día 20 de enero de 2005, en horas de la noche, cuando la víctima de iniciales G.C.C.A, de 08 años de edad, se encontraba en la casa del acusado, ubicada en calle Campo Lindo N°68 C, El Guindal, comuna de Machalí, puesto que el acusado es cónyuge de la tía de la menor y ella fue alojada con sus primas, aprovechando que la menor se encontraba a su cuidado y se había quedado dormida en el dormitorio matrimonial de la casa, se subió arriba de ella, momento en que la víctima despertó y trató de defenderse, sin embargo, el acusado introdujo violentamente su pene en la vagina de la víctima provocándole desgarros vaginales, que le ocasionaron una abundante hemorragia, comenzando la menor a llorar. Luego el acusado, lavó a la víctima, diciéndole a sus hijas que su sobrina tenía diarrea, la llevó hasta el dormitorio de sus hijas, dejando a la menor

con sangramiento hasta el día siguiente cuando la abuela de la niña se dio cuenta del estado en que se encontraba, trasladándola al Consultorio de Machalí siendo derivada al Hospital Regional de Rancagua donde permaneció hospitalizada hasta el día 28 de enero del presente año.

La fiscal calificó los hechos descritos como constitutivos del delito Violación en grado de consumado, ilícito descrito y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, perpetrado en calidad de autor por el acusado, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 de ese cuerpo legal. Dice que favorece al acusado la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior, y que le perjudica la agravante del artículo 368 del Código Penal, toda vez que el acusado se encontraba al cuidado de la víctima en su calidad de cónyuge de la tía de la menor.

En virtud de lo anterior solicita se aplique al acusado MIGUEL ÁNGEL LUCERO CARREÑO, la pena de DIEZ AÑOS y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO, más las accesorias legales, incluidas las especiales de los artículos 370 bis y siguientes del Código Penal y las costas de la causa.

En su alegato de clausura, por su parte, estimó suficientemente acreditados los diversos elementos de la acusación, de modo que reiteró las peticiones anteriores de condena del acusado y de la pena que debería imponer el tribunal. Respecto de las peticiones de la defensa, estimó que no procedía reconocer las atenuantes del artículo 11 N° 8 del Código Penal, por no concurrir en el caso específico, ya que el acusado no se denunció ni confesó el delito, y tampoco la del N° 9 del mismo artículo, porque el imputado no declaró en la audiencia ni prestó colaboración en la investigación, sino todo lo contrario, al amenazar a la víctima y hacerle dar otra versión y luego al desaparecer él dificultó la investigación, y cuando apareció ya se habían esclarecido los hechos con las diligencias efectuadas, existiendo incluso una orden de detención en su contra. Respecto de la agravante solicitada, insistió en su aplicación, atendido que resultó demostrado durante el juicio que quien se encontraba al cuidado de la menor al momento de la ocurrencia del hecho era el acusado, existiendo un vínculo jurídico o moral entre víctima y acusado debido a que éste era prácticamente su papá, la crió desde pequeña, había relación de confianza y

tenía un rol de cuidador. Indicó que la norma del artículo 368 del Código Penal no exige vínculo jurídico, basta con el cuidado al momento de los hechos y el abuso de esa relación.

TERCERO: La defensa de Miguel Ángel Lucero Carreño sostuvo que durante el juicio se limitaría a probar las atenuantes que concurren en su favor y el hecho que no le perjudica ninguna agravante, correspondiendo al Ministerio Público acreditar los elementos de su acusación, adelantando que a su juicio ningún elemento existe para probar la ocurrencia del hecho que no sea la víctima y el propio acusado, y que no resulta posible creerle a la primera atendida su menor edad.

CUARTO: Los intervinientes celebraron convenciones probatorias a fin que los siguientes hechos quedaran fuera del debate:

1.- Que la víctima de iniciales G.C.C.A. nació el 20 de febrero de 1996 por lo que al momento de ocurrencia de los hechos investigados tenía 8 años de edad; y,

2.- Que el acusado es cónyuge de la tía de la víctima de iniciales G.C.C.A..

Estas convenciones probatorias fueron suficientes para dar por acreditados los hechos de que dieron cuenta. Además el debate efectivamente no se extendió a ellos, por lo que, probarlos resultó innecesario.

QUINTO: Asimismo, otros hechos relevantes para el caso que no fueron controvertidos por las partes fueron los siguientes:

- a).- Que la menor G.C.C.A. se encontraba a la época de ocurrencia de los hechos materia de la acusación legalmente a cargo de su abuela María Angélica Soto Alvarado, con quien vivía habitualmente.
- b).- Que el día 20 de Enero de 2005 la menor G.C.C.A. pasó la noche en la casa del acusado Miguel Ángel Lucero Carreño, ubicada en calle Campo Lindo N°68 C, El Guindal, comuna de Machalí, sólo en compañía de éste y de sus primas Josefa, Daniela y Taíz.
- c).- Que el día 21 de Enero de 2005 la menor G.C.C.A. fue trasladada por su abuela María Angélica Soto y el acusado al Consultorio de Machalí, siendo derivada al Hospital Regional de Rancagua, donde permaneció hospitalizada

hasta el día 28 de enero del presente año. Y, d).- Que el acusado no registra en su extracto de filiación y antecedentes anotaciones puntuariables anteriores a esta causa.

Por lo anterior, resulta innecesario analizar para este efecto los elementos de convicción que reiteran estas circunstancias.

SEXTO: El Ministerio Público, para acreditar ante el tribunal los hechos que fueron materia de su acusación, presentó en primer lugar el testimonio de la menor ofendida G.C.C.A., quien refirió que su nombre es G., tiene 9 años de edad y cumple años el 20 de Febrero, agregando que va en 4º año básico en el colegio Arturo Prat y saldría de vacaciones el 20 de Diciembre. Señaló vivir en Machalí, en el Guindal, con su abuelita María Angélica Soto Alvarado y su abuelito. Cerca viven el tío Carlos y la tía Lorena, y al otro lado una vecina. Antes la tía Lorena vivía con su esposo Miguel Angel Lucero Carreño. Interrogada respecto a qué le hizo esta persona señaló que éste la violó, explicando que eso ocurre cuando obliga a una persona a tener relaciones con él. Refirió que eso pasó en enero de este año, cuando después de haber ido a un paseo ella se quedó a jugar con mis primas, la Josefa, la Daniela y la Taíz, en la casa de él. Solo estaba en la casa el papá de la Taíz y sus primas; no estaba su tía Lorena porque ella se había enfermado y estaba en el hospital. Ese día las cuidaba el papá de la Taíz, Miguel Angel Lucero Carreño. Ella estaba durmiendo en la cama de él cuando se despertó llorando y sangrando porque él la había violado; ella estaba con una polera y él estaba desnudo y le puso su pene en su vagina, y le empezó a doler la vagina, y se despertó llorando; entonces él la llevó al baño y la empezó a lavar. El le dijo a su prima que ella se había hecho caquita. Luego de esto la llevó a acostarse a la cama de su prima Taíz. Preguntada por la Fiscal respecto a qué le dijo su tío, ella señaló que él le dijo que si hablaba le iba a pasar lo mismo a la Taíz... (en ese momento de su declaración la niña interrumpió su relato porque se puso a llorar profusamente, transcurriendo unos minutos en los cuales se limpió los ojos con un confort hasta poder reponerse para continuar). Señaló enseguida que luego de esto y durante la noche ella se fue a acostar a la cama de su prima Taíz, y en la mañana él le dijo que se fuera a acostar a la cama de la Josefa, y él fue rápido a lavar las sábanas, y cuando llegó su abuelita él le dijo que ella se

había enfermado, por lo que la tomaron en brazos y la llevaron al policlínico. Mientras esperaban se desmayó en los brazos de la abuelita. Preguntada nuevamente por la Fiscal, esta vez en relación a lo que había dicho primero respecto a lo que le había pasado cuando llegó al hospital, ella dijo que le dio pena porque él le había dicho que Taíz sufriría las consecuencias, y a la Taíz la quiere mucho, y por eso dijo que en el campamento se había pegado, se había caído. Cuando recuerda esto le da pena y miedo de que él salga. Antes de esto él la trataba bien y lo quería. Al mostrársele la imagen del acusado presente en la audiencia ella lo reconoció. Finalmente señaló que estuvo 8 días en el hospital. Contrainterrogada por el defensor ésta señaló que ella estaba al cuidado de su abuelita, y cuando tuvo el problema con su tío empezó a llorar, y preguntada si gritó señaló que para ella era obvio que cuando lloraba estaba gritando.

A continuación se presentó el testimonio del perito Cristián Torres Barrientos, quien señaló primeramente ser bioquímico del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile. Interrogado por la Fiscal en relación al peritaje que le correspondió realizar, expuso que con fecha 27 de enero se recibió en el Laboratorio de Criminalística Central oficina N° 196 de la Brigada de Delitos Sexuales de Rancagua, con 8 evidencias: dos trozos de esponja, dos trozos de tela, un paquete con pelos, dos muestras vaginales y una muestra de referencia con el nombre de G.C.A.. Tal como solicitaba el oficio, se hicieron pericias para establecer la presencia de distintos fluidos biológicos, sangre y semen, y compararlos con las muestras de referencia, encontrándose sólo presencia de sangre en las esponjas y telas y ningún indicio de semen o espermatozoides; tampoco en las muestras vaginales. Se concluyó con un 99% y superior que esa sangre era compatible con las muestras de referencia. Con respecto a los pelos, se estableció que ellos eran bellos púbicos, a los que se les hizo análisis de ADN, pero lamentablemente debido al incendio que afectó las dependencias se perdieron estas pruebas y no se pudo obtener el resultado. Interrogado por la Fiscal señaló que se concluyó que se encontró muestras de sangre similares a la muestra de la referencia tanto en los trozos de género como esponja periciados, y por su parte las muestras vaginales también correspondían. Preguntado por la Fiscal, explicó que

la hemorragia que presentó la víctima de acuerdo a su experiencia pudo haber servido como limpieza de su vagina, lo que indicaría por qué no se encontraron muestras de semen. Contraexaminado por el defensor señaló que su pericia la practicó sobre la base de las muestras de esponja y tela recibidas, que él no examinó ni recibió ninguna cama o colchón, y que no encontró muestras de semen.

Posteriormente prestó declaración testimonial María Angélica Soto Alvarado, quien expuso que vive con su marido y G., de quien es abuela. Interrogada por la Fiscal respecto de los hechos ocurridos el día 20 de enero de este año, indicó que su hija estaba enferma en el hospital y sus tres nietas, entre ellas G., andaban en un paseo y llegaron el día Miércoles 19 de Enero, quedándose ese día a alojar en la casa del tío, que era al lado, y como G. prácticamente se crió ahí, debido a que sus papás se separaron, había mucha confianza por esto y porque además siempre pasaba allí, él era prácticamente como su papá y la niña lo adoraba. G. le pidió permiso para irse a quedar a esa casa para darle más compañía a las niñas, siendo así como esa noche él se quedó a cargo de ellas. Al otro día él la llamó desde la reja en la mañana, como a las 8, y le contó que lo habían devuelto del trabajo porque el día estaba feo y no cambiarían el techo en que trabajaría ese día. Le preguntó si iba a ir a ver a la Lorena diciéndole ella que sí, señalando que él también iría. En ese momento notó que los cordeles de la casa de Miguel estaban llenos de ropa lavada. Se fue al hospital y como a las 11 u 11 y media habló con el médico por lo de su hija. Estaba preocupada, “algo la tiraba para su casa”. Llegó como un cuarto para la una y la recibió Manuel, que le preguntó por Lorena, diciéndole la Daniela que la G. estaba enferma, por lo que fue a verla y se percató que estaba en la cama de Josefa, no en la de ella, y la vio blanca, como muerta, no reaccionaba, y le dio un par de golpes para que despertara, y en eso reaccionó y le dijo que le dolía el estómago. La testigo le dijo entonces a Miguel que por qué no le había dicho nada antes, si estaban al lado, respondiéndole que había estado en la noche con dolor de guata, vómitos e indigestión, pero era una cosa simple. Ante eso la llevaron al policlínico, él llevaba a la niña, donde la vio afuera una señorita que dijo que debían llevarla a Rancagua, por lo que la trasladaron en ambulancia a Rancagua, donde la ingresaron para atenderla. Como a

las 2 o 2 y media le dijo Miguel que iba a ver a la Lorena, que estaba al otro lado del mismo hospital, pero nunca llegó allá. A la niña le dieron unos calmantes pero en un momento ella la tomó y se dio cuenta que seguía con dolor de guata y se le desmayó. Como a las cuatro ella le empezó a fregar la guata y le vio el calzón con sangre, le dijo al doctor y este la llevó a pediatría donde la vieron varios médicos que hablaban entre ellos y luego le dijeron que la llevarían a maternidad, donde un doctor la recibió y le preguntó a la niña qué había pasado y ella ya no refirió lo del dolor de guata sino que le dijo que se había pegado con un palo en el paseo, pero el doctor le dijo que eso no era así, que le dijera la verdad, ya que eso no era por una herida de palo, y allí le dijo que la niña había sido violada (la testigo se emociona y solloza, entrecortando su relato al recordar lo ocurrido...). Continuó señalando la testigo que no podía ser, que no podía creer que eso fuera así, diciéndole el doctor que se tranquilizara y que la niña debía ir a pabellón porque estaba echa tira por dentro. Efectivamente la enviaron a pabellón y luego le dijeron que debía llamarse a la policía, a lo que ella indicó que estaba de acuerdo, que debía hacerse justicia. Ese día viernes estuvo hasta como a las 3 de la mañana en el hospital. Esa noche cuando la fue a dejar investigaciones a la casa fue a la casa de él, que queda al lado pero no estaba. El día sábado en la mañana habló con su yerna y llamó al trabajo de él y le contestó el patrón, diciéndole que había llegado y se lo pasó, ella le dijo algunos garabatos y le dijo que fuera al hospital pero allá no llegó nunca. Ella fue al hospital y le preguntaba a la niña lo que había pasado y siempre le decía que se había pegado con un palo, que se había caído, y unos días después, no lo tiene claro, fue una sicóloga y la fiscal y a ellas les contó la verdad. Tiempo después aceptó contarle qué había pasado: le dijo que esto pasó cuando esa noche se fueron a acostar a la cama grande, donde siempre se acuesta ella, se quedó dormida con la Taíz, y que allí el tío Miguel le hizo una “chanchería”, le tapó la boca y las narices, y le hizo con las piernas. Relata en esta parte –notoriamente emocionada– que a la niña la ve llorar cada vez que recuerda, “esa niña no puede dormir sola”; le contó también ella que él le dijo que si decía algo la Taíz pagaría las consecuencias, aclarando que la Taíz tiene 5 o 6 años y es la propia hija de él, y por eso la menor tiene temor que a la Taíz le pueda

ocurrir lo mismo. Preguntada por la Fiscal señaló que antes de estos hechos la niña lo adoraba a su tío, era como una hija más para él, y que no hacía diferencias entre las niñas, le compraban lo mismo a la G. que a ellas. A continuación reconoció al acusado en la audiencia. Preguntada respecto a su hija Lorena, indicó que mientras estuvo en el hospital le contaron sólo lo bueno, y ocurría que cuando salió del hospital no sabía nada del marido desde hacía como una semana, quien no la fue ni a ver; nunca supo que la G. estuvo en el hospital, no le quisieron dar más preocupaciones aparte de su enfermedad, y cuando le preguntaba por el Miguel le decía que no sabía donde estaba, que a lo mejor andaba tomando. Al salir le ofrecieron irse con las niñas a su casa y ella estuvo de acuerdo. Después le contaron en la casa de su suegra lo ocurrido y entonces su hija la increpó diciéndole que ya no iba a ser más su madre porque había hundido a su marido, porque lo metió a la cárcel; por esto mismo es como si hubiera perdido a sus otras nietas porque su hija les metió en la cabeza que se olvidaran de su abuela. Todo esto produjo que como tres hogares resultaran destruidos. Interrogada por la fiscal respecto a las consecuencias que ha sufrido la menor producto de estos hechos, señaló que G. llora, se hace pipí, tiene temor de salir a la calle, le tiene miedo a todos los hombres. Contraexaminada por el defensor respecto a quién estaba al cuidado de la menor, respondió que ella, y consultada por el motivo por el cual ella dejó que fuera a la casa del acusado, la testigo respondió que ella en su casa tenía visitas del norte y como las niñas le pidieron que se querían quedar juntas aceptó.

A continuación se presentó el testimonio de Olaya del Tránsito Osses Jara, quien señaló que conoce a G. porque es hija de su conviviente, agregando que supo que la violaron porque su suegra mandó a buscar a su marido cuando la niña estaba grave en el hospital, enterándose después que no era que la niña tuviera dolor de guata y diarrea porque se hubiera caído, sino que era por una violación. Esa noche ella estuvo a cargo de su tío Miguel Lucero en casa de él. Preguntada por la Fiscal respecto a lo que ocurrió con el acusado después de eso, señaló que éste desapareció, y el día sábado ella le dijo a la señora Angélica que lo llamara al trabajo por si acaso estaba allí y escuchó cuando ella habló con él y luego de decirle que no era tan simple

lo que tenía la niña –lo que dijo de otra manera–, que no era un simple dolor de guata, él dijo que iría al hospital, que lo esperaran allá, pero nunca llegó. Además, respondiendo otra pregunta de la Fiscal, expresó que cuando estaba en el hospital la hermana del acusado le dijo que a ella también había tratado de violársela cuando tenía 13 años. A su vez, a su hija le dio permiso un día para que se quedara en casa de él, lo que hizo, llegando al otro día la Lorena bien alterada con su hija diciéndole que ésta había dejado la “cagá” en su casa porque decía que el Lucero le había hecho “cuestiones” en su casa, e inventando también que a la “Dani” igual le había hecho cosas, que había abusado de ella, y cuestiones así. Ante la sorpresa que le provocó esto la testigo “quedó así no más”, y no hizo nada ni habló de eso en ese momento, pero sí lo hizo después, a solas con su hija, ésta le dijo que su tío Lucero le hizo así, indicando que la había tocado, y que su prima Dani le dijo que le creía porque cuando tenía 7 años también abusaba de ella. Ante eso conversó con su marido, que le dijo que había que hacer algo porque su hija estaba corriendo peligro, pero ella pensó –y en eso señala que tuvo la culpa– que no podrían hacer nada porque sin tener pruebas toda la familia se vendría encima de ellos, quedando ella por “cagüinera”. Manifestó también que supo que Miguel apareció como a los 4 días, no lo tiene muy claro, y que ahí fue detenido por Investigaciones. Contraexaminada por el defensor, agregó que la menor está legalmente al cuidado de la señora angélica, la abuela.

Declaró enseguida Claudia Patricia Castro Navarrete, funcionaria de la Brigada de Delitos Sexuales de la Policía de Investigaciones de Rancagua desde hace casi 3 años, que en relación al procedimiento policial adoptado a raíz de estos hechos, indicó que el día 21 de Enero estaba de turno cuando el fiscal Claudio Riego pidió una brigada para ir al Hospital Regional por una violación, a donde fueron en horas de la tarde, hablando con la abuela paterna de la menor, María Soto, quien les dijo que a la niña la habían llevado al hospital por dolor estomacal, vómitos y diarrea, habiendo estado en observación porque no se le quitaba el dolor, manifestado posteriormente el ginecólogo que la atendió que la menor tenía lesiones producto que había sido objeto de violación, hablando con este doctor, quien descartaba lo que decía la menor respecto que se había pegado con un palo en un paseo. Por instrucciones

del fiscal debió ingresar a pabellón y fijar las lesiones de la menor, quien estaba muy afectada y tenía toda su zona genital destrozada. Ella en el curso de la investigación entrevistó a la abuela María Soto, a la madrastra de G. Olaya, y a la prima de G., la menor Daniela, quien le dijo que en el paseo había escuchado por otras amigas que G. se había caído, pero que después pensó que era mentira porque ella no se quejó ni le contó nada. Le contó también al llegar a su casa G. se fue a quedar a su casa como era costumbre, y en la noche se despertó cuando escuchó a G. llorar, por lo que fue a verla, apareciendo su papá –Miguel Lucero– quien le dijo que se fuera a acostar y que la G. “se cagó”. La sintió esa noche vomitar e ir al baño, y quejarse. Al otro día G. no tomó desayuno, seguía con los dolores estomacales y en eso al ir al baño se desmayó. Como a la una de la tarde llegó la abuela a quien le contó que G. estaba enferma, y ésta ve a la niña mal en la casa y se la llevó al hospital. Agregó que esa noche el único adulto en la casa era Miguel Lucero, y que por lo mismo la menor estaba a cargo de éste, igual que sus hijas. Aclara que no estaba su conviviente porque estaba hospitalizada por una meningitis viral, le parece, desde hacía más o menos 9 días. Manifestó también que la abuela cuando supo por el doctor que no era lo que decía Miguel lo que tenía la niña, ella se lo dice y él dice que tiene que hacer y se fue, pero no regresa, y fue la última vez que lo vio. Supo que al otro día lo llamó y que él soltando el teléfono salió corriendo diciendo a su jefe que estaba presente que iba al hospital, pero no llegó. Sí supo que fue a buscar a sus hijas y las llevó a casa de la abuela de éstas y desapareció. Se le tomó después una nueva declaración a la abuela de G., quien dijo que tenía sospechas de él porque había desaparecido y porque lo había visto lavando las sábanas, lo que nunca había hecho. Interrogada respecto a la inspección del sitio del suceso, señaló que allí había ido primero la abuela, quien había visto todo ordenado pero que al revisar y dar vuelta el colchón de una de las camas había descubierto una mancha grande roja que parecía sangre. Ellos también revisaron el sitio del suceso y vieron manchas de sangre en la cama de las niñas y en la cama matrimonial, donde duerme Miguel. Preguntada acerca de cómo se produjo la detención del acusado, señaló que el día 26 de Enero, en conocimiento de una orden verbal de detención del imputado que les comunicó la Fiscal, pasada la una y estando ella en la

unidad y su colega Max Concha de guardia, se supo que el acusado estaba en un domicilio en calle Prat de Machalí, por un llamado que atendió Max Concha, por lo que ella acompañada de un asistente policial fueron al lugar y lo esperaron estacionados afuera y cuando lo vieron salir lo detuvieron. Venía acompañado de una señora, su mamá. El manifestó que todo ese tiempo había estado en el cerro porque se había dado cuenta de lo que había hecho y que se había intentado suicidar, viéndolo ella que tenía una especie de surco en el cuello, indicándole que como no logró hacerlo se volvió a casa de su abuela. Contraexaminada por la defensa, señaló que el imputado no se entregó sino que fue detenido, explicando que al momento de la detención ellos estaban en un auto frente a la casa donde estaba el acusado, que era el N° 890, y que en un momento salió la mamá de éste quien les indicó que él saldría, lo que hizo unos 10 minutos después, bajándose ellos del auto, y procediendo a detenerlo. Aclaró que existía una orden de detención verbal, no por escrito, pero que bastaba con una verbal, y que esa orden no les facultaba para ingresar al domicilio por lo que esperaron afuera. La señora Yasna, hermanastra de él, quien quería colaborar porque les dijo que también había sido víctima de un delito sexual por parte de él, les dijo que él estaba en ese domicilio (no les dijo que se entregaría), por lo que acudieron y esperaron afuera hasta detenerlo.

Prosiguió la prueba testimonial de la Fiscalía con la declaración de Max Andrés Concha Muñoz, funcionario policial, quien señaló que trabaja hace un año nueve meses en la Brigada de Delitos Sexuales, indicando respecto de este procedimiento efectuado a partir del día 20 de Enero de este año, que el día viernes el señor fiscal solicitó su concurrencia al Hospital Regional donde existía una menor con síntomas de haber sido violada, por lo que concurren al lugar tomando contacto con la Señora María, que se identificó como la abuela de la menor, quien les señaló que esta estaba recibiendo atención médica, relatándoles los hechos. Les señaló que su nieta concurrió a un paseo con otros niños y sus primas por una semana, y al volver le pidió permiso a su abuela, quien tiene su tutoría, para quedarse en casa de sus primas, y ella la autorizó porque no era la primera vez que se quedaba allá, por lo que se quedó en la casa de estas niñas. Les contó también que la mamá de las niñas, Lorena, tía

de la menor, se encontraba hospitalizada en el Hospital Regional por una meningitis viral, y que por eso todas las menores se encontraban bajo el cuidado del imputado –al que indicó en la sala de audiencia– Miguel Angel. Relató también que en la investigación se interrogó a la yerna de la denunciante, la señora Olaya, quien les contó los hechos de los que se había enterado, que G. no era primera vez que se quedaba en ese domicilio, que su cuñada se encontraba en el hospital, y que temía las conductas del imputado, ya que dijo que en una oportunidad Miguel Angel después de una comida le había insinuado de una manera muy grotesca mantener relaciones sexuales, lo que a ella le pareció muy extraño, siendo encarado entonces por el dueño del local donde estaban para retirarse del lugar. También les relató Olaya que la hermana del imputado, Yasna, en forma confidencial le había contado que cuando tenía alrededor de 13 años de edad el imputado había abusado sexualmente de ella, cuando ella estaba durmiendo en una habitación de la casa fue despertada por éste, quien estaba desnudo y bajándole su ropa intentó penetrarla, por lo cual pidió ayuda, escuchando otra hermana, Ivonne, gracias a lo cual el imputado se retiró. Entrevistada la aludida, Yasna, hermana del acusado, reconoció lo conversado por Olaya, ratificando lo anterior, agregando que en ese entonces no denunciaron nada por temor a que no le creyeran y a que su hermano fuera a la cárcel. Asimismo relató que tampoco nunca dijo que había conversado con otra hermana del imputado, Camila, quien le contó que éste había también abusado de ella, conversando en ese entonces con otro hermano, Oscar, que también dijo haber sufrido un intento de abuso por parte del acusado. Ante todo eso se le preguntó a Yasna por qué no habían denunciado estos hechos, insistiendo ella que había sido porque temían que su hermano fuera a la cárcel, y también en el caso de Oscar por no verse expuesto psicológicamente a lo que eso implicaba. Con estos antecedentes se entrevistó nuevamente a la abuela de la menor, quien les dijo que el día Domingo siguiente a los hechos ella fue en compañía de su yerna y la niña Daniela a la casa del acusado con la finalidad de ver cómo pudieron haber ocurrido los hechos, revisando primero la pieza en que duermen las hijas del imputado, donde al dar vuelta el colchón vieron que había en su centro una mancha de sangre, al igual que en los cobertores, trasladándose a la cama matrimonial de la casa, donde vio tam-

bién en el colchón una mancha de sangre en el costado izquierdo. A lo anterior agregó que había visto al imputado el día viernes en la mañana lavando las sábanas de su casa y unas ropas, lo que le pareció muy extraño porque él nunca lo hacía. Respecto de la inspección del sitio del suceso, dijo el testigo que se concurrió el día Lunes 24 al domicilio, en presencia de la señora María, percatándose efectivamente que al dar vuelta el colchón de espuma de una de las camas en el medio tenía una mancha de sangre, y que también había una mancha de sangre en el sector izquierdo de la cama matrimonial, por lo que requirieron la presencia de peritos para practicar las pruebas correspondientes.

Exhibidas por la Fiscal al funcionario policial las fotografías señaladas en el auto de apertura del juicio oral, específicamente las 34 que se indican como correspondientes al sitio del suceso, señaló que correspondían a las tomadas en esa diligencia y que mostraban distintas vistas del exterior e interior domicilio del imputado, ubicado en calle Campo lindo N° 68 C.

Ilustrado por éstas, el testigo mostró que correspondían al inmueble del imputado y sus distintas habitaciones; la cama matrimonial donde al dar vuelta el colchón vieron la mancha pardo rojiza; uno de los cobertores con una mancha similar; lo mismo en otra cama donde se observa en el centro del colchón una mancha pardo rojiza; el lugar donde se hallaron restos de vómitos que corresponden a la víctima; vellos púbicos encontrados; evidencia toda que fue remitida al Laboratorio de Criminalística central donde se determinó que correspondían a sangre de la menor.

De la inspección del sitio del suceso y el interrogatorio de los familiares y demás personas referidas se contó con una hipótesis de cómo ocurrieron los hechos, la que pudieron corroborar una vez que el día miércoles 26 de Enero obtuvieron la declaración de la víctima, lo que motivó que se diera la orden verbal de detención del sujeto, a quien se detuvo ese mismo día en la tarde y se le tomó declaración. Él relató a su forma los hechos, indicando que efectivamente ese día G. se había quedado en su casa, se acostó en la cama matrimonial, en el centro, y como a las 23 horas, comenzó a “excitarla”, éste le bajó su ropa y violentamente la atacó sexualmente durante unos minutos, y como vio que le dolía y que estaba sangrando la llevó al baño (señalando el testigo que

por eso está la mancha de sangre en ese costado de la cama matrimonial), tratando de parar la hemorragia, limpiándola y recostándola en la cama de una de sus hijas (agregando el testigo que allí fue donde luego encontraron la mancha de sangre en el colchón, el que el imputado había dado vuelta). Consultado por la defensa respecto de la detención del imputado, explicó que él se lo ubicó gracias a un llamado telefónico de Yasna, hermana del imputado, quien queriendo colaborar a fin que se solucionara el problema manifestó que él estaría en el domicilio de su abuela, “que había bajado del cerro”. No participó en la detención, sí recibió el llamado. Luego enviaron un auto para detenerlo en virtud de una orden verbal dada en la mañana de ese día por la señora fiscal. El imputado no se había entregado ni lo intentó hacer en forma voluntaria.

Luego prestó testimonio Loreto Alejandra Ibarra Bugueño, perito psicóloga, quien consultada acerca del motivo de su peritaje señaló que consistió en efectuar una evaluación psicológica de daño emocional a la niña, por encargo de la fiscal, en el que arrojó conclusiones en diversos aspectos. En cuanto al diagnóstico victimológico, presentó un estrés agudo producto de una experiencia de agresión sexual basada en un episodio único, la vulnerabilidad que presentaba la niña era bastante alta por lo que el nivel de daño era agudo, dada su sintomatología de tipo crónica. A la época en que se practicó el examen –Mayo de 2005– el daño era intenso y se podía pronosticar de larga duración. La agresión que vivió la niña presentó especiales características: había relación fraternal, cercana, afectiva y de confianza con el imputado y la familia de éste, dado que la menor se relacionaba mucho con sus primas, hijas del imputado, quedándose a dormir en forma habitual en la casa de ellas, y cada vez que se quedaba a dormir él hacía las veces de cuidador; además la acción fue violenta, no hubo seducción o pasos previos a la comisión de la acción concreta. A raíz del hecho ella perdió los vínculos con esta familia, con su tía y sus primas, lo que también tuvo impacto y le aumentó el daño agudo sufrido porque la situación irrumpe en su estado de vida. Síntomas directos post traumáticos fueron trastornos en el sueño, en el control de esfínter, ánimo bajo, llantos, inestabilidad emocional y temores con esta persona y que la situación volviera a ocurrir, sensación de estrés agudo, hiperactividad y temores o miedos.

Presentó también pensamientos relativos al sangramiento, al dolor físico y temores de estar en el baño, donde ocurrió parte de los hechos, estímulos que quedaron grabados en ella. Agregó que esta persona era la que estaba a cargo de la menor, y no era la primera vez que iba a su casa y se quedaba con él, y de la situación vivida se derivó una pérdida del vínculo con esta familia y asimismo un deterioro en la familia extensa, recalcando que se le produjo a la menor un daño agudo en el orden afectivo, relacional y también en su nivel cognitivo. Entrevistó a la profesora del colegio que le ratificó que la niña presentó una baja ostensible en sus notas asociada a esta situación. También la niña significa el daño en el aspecto físico, corporal, y con un trastorno de estrés agudo, con base principal en la ansiedad y de tipo disociativo, en que ella no quiere tomar conciencia de todo lo que le pasó. Consultada acerca del pronóstico de reparación, explicó la perito que se requiere un periodo mínimo de 8 meses de tratamiento, hasta un año, esto es, de largo aliento. Existiendo apoyo psicológico puede superarse la situación en cuanto a su sintomatología, para que maneje la situación y la incorpore a su vida, pero en cuanto lo que le afectó precozmente en su sexualidad no podrá superarla, porque no podrá olvidarla y desde ese punto de vista es irreparable, debiendo ir chequeando para saber cómo puede afectarle a futuro.

Declaró a continuación la perito María Eugenia Ilabaca Cabezas, psicóloga del Servicio Médico Legal, quien señaló haber practicado un peritaje por encargo de la Fiscalía de Rancagua relativo a evaluar la conservación de juicio de realidad del imputado o eventuales alteraciones en su conciencia, para lo cual se realizaron dos sesiones de evaluación, consistiendo la primera en una entrevista técnica pericial, aplicándole el test de Rorchar, y la segunda destinada a hacer una evaluación intelectual denominada “el vais”. En la entrevista se presentó normal no advirtiéndose alteraciones ni en su pensamiento ni en su percepción, pudiéndose sí observar quiebres emocionales frente a la evocación de eventos de su vida significativos para él. En cuanto a las conclusiones del peritaje señaló que el imputado tiene un acercamiento a la realidad genérico, desconsiderando detalles y matices afectivos que permitan ver de modo más rica la realidad; se centra en generalidades y da respuestas muy vagas. Presenta un juicio de realidad conservado, sin fallas cognitivas

relevantes ni conductas sicóticas. Se aprecia una tendencia a la impulsividad y a una dificultad en la modulación de sus impulsos agresivos, tiene dificultades en cuanto a relacionarse con los demás, de desconsideración por los otros, con tendencia a gratificar sus propios deseos e impulsos, sin considerar el bienestar de los demás; se muestra egocéntrico, presentando una conducta fría en términos afectivos, siendo muy destacada su impulsividad, su frialdad y el hecho de centrarse en sí mismo, todo lo que se evidenció claramente en el test proyectivo y a partir de su historia personal, elementos que les permiten a los psicólogos evaluar estas características. Interrogada por la fiscal respecto a cómo pudo concluir la frialdad del imputado, explicó que cuando éste hizo un relato de los acontecimientos –considerando aquí no el relato mismo de los hechos sino que el nivel de descripción que hace y la forma cómo lo plantea– ello no parece concordante con el evento mismo, el que aparece con connotaciones de violencia y gravedad en términos de lo que implica para la menor, pese a lo cual la forma cómo él lo plantea lo presenta absolutamente desvinculado de esta significación. Consultada también respecto del significado de su conclusión de que el imputado presentó un juicio de realidad conservado, señaló que al analizar el comportamiento de esta persona, su lenguaje, el curso de su pensamiento, la ausencia de fenómenos alucinatorios ni dificultades para apreciar la realidad, pudiendo discriminar entre el yo y los demás, sin presentar alguna conducta bizarra o extraña. Frente a una pregunta del defensor, insistió en que no hay alteraciones en el nivel intelectual ni en las facultades mentales del examinado, las cuales están conservadas.

A continuación, la Fiscal incorporó a la audiencia como prueba anticipada la declaración prestada ante el juzgado de garantía por la perito Paulina Pérez Herrera, psicóloga, quien expuso primeramente que su experiencia con víctimas de delitos sexuales consiste en que trabajó durante tres años en un centro de diagnóstico, luego un año en el Centro de Atención a Víctimas de Delitos Violentos, y por último lleva casi dos años trabajando para la unidad de atención de víctimas y testigos. Respecto de este caso en especial, refirió que se enteró el día lunes 24 de enero a través de un mail del Fiscal Claudio Riogo, quien luego de haber conversado con el doctor Yáñez que había detectado en una menor lesiones genitales de gravedad, pedía apoyo en la toma

de entrevista. Fue así que entrevistó a la menor G. en el Hospital primero el día 25 y luego el 26 del mismo mes. Estaba en el hospital porque tenía lesiones genitales de gravedad. En la primera entrevista no dijo nada de los hechos, sólo que se había pegado con un palo en un paseo. Se veía tranquila al conversar de aspectos neutros, pero observó rigidez en sus expresiones corporales al referirse a elementos más vinculados a los hechos, lo que indicaba claramente que estaba omitiendo información. A través de la conversación y de a poco sin embargo se fue abriendo y fue así como aceptó contar todo al día siguiente, por lo que concurrió el día 26 nuevamente a interrogarla, alrededor de las 10 u 11 de la mañana, donde ella le contó en detalle el hecho. Advirtió que su mutismo previo estaba intencionado por proteger a su tío Miguel y a través de eso a sus primas, ya que no quería que nada malo les pasara. Respecto del hecho contó que ella estaba en Machalí y fue a dormir a la casa de sus primas, iba a estar a cargo de su tío Miguel ya que la esposa estaba en el hospital. Dijo que estaba en la cama matrimonial, ella al medio, su tío al lado izquierdo y su prima al lado derecho, despertando en la noche con su tío desnudo encima, quien le había sacado su ropa y la hizo que se callara, le metió “la parte del hombre” en su vagina, a ella le dolió, la hizo tira y empezó a sangrar, luego la llevó al baño, mientras ella todavía sangraba por lo estaba muy asustada, y comenzó a limpiarla con unos paños, poniéndole calzones, diciéndole a las otras niñas que despertaron tenía diarrea, que no se preocuparan; luego la llevó a la cama de la prima chica, donde pasó la noche, pero tuvo mucho dolor de estómago, vómitos y diarrea, por lo que después la llevaron al hospital. Interrogada por la Fiscal respecto a por qué la niña no contó inmediatamente lo que le había ocurrido y cómo el acusado la amenazó, la perito explicó que la niña tenía una omisión intencionada de referirse al hecho en detalles ya que su tío la manipuló para que no dijera nada para que no tuviera consecuencias en sus primas, y la más dañada que iba a resultar iba ser la más “chiquitita”. A otra pregunta de la Fiscal indicó que la menor estuvo hospitalizada hasta el 28 de Enero en el Hospital de Rancagua, en el 5º piso en la unidad de pediatría. Respecto del estado de la menor después de los hechos indicó que estuvo en tratamiento en el Centro Esperanza del SENAME, todo el presente año, con proyección de seguir hasta el mes de febrero de 2006. Contraexaminada por la

defensa manifestó que ella supo de este caso el día 24 de Enero por la comunicación del señor fiscal, quien pese a que la primera versión de la niña era que se había pegado con un palo en un paseo, lo mismo que le dijo a la testigo en principio, atendido lo que le había expresado el Doctor Yáñez al examinarla en relación a que estas lesiones eran producto de una penetración, lo que le hizo sospechar y por eso pidió su ayuda. Precisó asimismo la perito que ella declara sobre lo que escuchó decir a la niña, y en ese sentido que de acuerdo a su experiencia la menor presentó un relato creíble.

Terminando con su testimonial, la Fiscal presentó al perito Rafael Yáñez Arce, Médico Legista del Servicio Médico Legal de Rancagua, quien primeramente señaló ser médico cirujano y ginecólogo formado en el Hospital J.J. Aguirre y que ha estado más de un año en el Servicio Médico Legal haciendo peritajes sexológicos. Añadió que en Enero de este año y por indicación del médico de turno pediatra le tocó examinar a una paciente que tenía lesiones de tipo ginecológico, correspondiéndole a él realizar el informe de lesiones de la menor más reparar las lesiones que ella había tenido. Explicó que la menor a que se refería dicho informe tenía 8 años 11 meses a la fecha del examen, y que contiene en primer término y además de sus datos su historia. En efecto, a la paciente se le preguntan datos de su historia, no inquisidoramente o en profundidad, para que esté tranquila, pero sí se consigna lo que ella diga, sea verdad o mentira, se anota textual. Había sido ingresada por urgencia y hospitalizada en la sección pediatría del hospital de Rancagua, por una situación de descompensación grave, que por lo que relató el pediatra en principio tenía una diarrea hemorrágica, esto es, deposiciones con sangre, pero el médico se percató que no era rectorrágica, hemorragia por el recto, sino que hemorragia por la vía vaginal, por lo cual pidió la colaboración del testigo. La menor estaba bastante decompensada, por lo que solicitó que el examen se practicara bajo anestesia general, ya que tenía un sangrado abundante, estaba bastante pálida y el examen en esas condiciones sería doloroso. Fue así como se la llevó a pabellón, haciéndosele los exámenes pertinentes, advirtiéndose que no presentaba lesiones en el resto del cuerpo, sólo en la zona genital, donde presentaba un sangrado activo. Explicó que la vulva vaginal tiene varias partes, siendo una los labios mayores que son

la cara externa de los genitales, y los labios menores que van por dentro, y en este caso, en la cara interna de ambos labios menores, que cubren la entrada de la vagina, que se llama introito, tenía lesiones que describió en su informe como hematomas de la cara interna de ambos lados menores; en la parte más baja, en la que se comunica con el ano, que se llama horquilla vaginal, tenía una lesión profunda de dos centímetros, que él estimó como de grado tres, porque la mucosa que cubre la parte visible de la vagina estaba rota; también en la parte profunda, en la cara posterior de la vagina, también tenía un desgarro de 2,5 centímetros de largo que comprometía la parte muscular. Esta explicación la ilustró el perito a través de un dibujo en una pizarra durante la audiencia, graficando cómo estaban lesionadas ambas caras internas de los labios menores, la horquilla y la cara posterior de la vagina. A continuación refirió que la niña le había relatado que se había golpeado con un objeto romo, un palo. Pero esa lesión externa debería haber partido de afuera hacia adentro, presentando lesiones en la cara externa de los labios mayores, y no presentaba lesiones en dicha zona. Agregó además que el mecanismo de la relación sexual implica que en la mujer, para que el pene pueda ingresar sin lesionar la cara posterior de la vagina tiene que vascular para que el pene pueda penetrar sin dificultad, cuando esto no es así el pene choca con la cara posterior de la vagina, siendo un elemento para hacer sospechas que no había una vasculización de la mujer es precisamente la existencia de estas lesiones; lo mismo el hecho de que no tuviera lesiones externas hacía pensar que las lesiones no se causaron desde afuera hacia adentro, como lo hubiera causado un palo o una piedra. Respondiendo una pregunta de la Fiscal, señaló que le pareció más bien que había signos de una penetración por pene. Precisó que no había elementos que indicaran que las lesiones provendrían de un objeto distinto de un pene, a no ser que fuera un objeto muy similar a un pene, es decir, el instrumento que provocó esta lesión tendría que haber sido fabricado de forma bastante similar a un pene para que no lo fuera. Preguntado respecto de por qué fue necesaria una intervención quirúrgica de la menor, indicó que fue porque la niña tenía desgarrros y cuando llegó tenía una anemia importante, con una hemoglobina de 7, lo que es muy bajo para una niña, lo que implica que si hubiera tenido un

segundo sangramiento en el hospital hubiera sido bastante grave, porque hubiera estado mal preparada para resistirlo y por ello producirle un shock. Las lesiones desde el punto de vista de la urgencia fueron graves ya que debían ser reparadas porque podrían llevar a un sangrado posterior y con ello a un shock posterior o a una infección que en el caso de la niña podría ser fatal. Consultado si por las lesiones advertidas podría indicarse la posición de la menor al momento de la agresión, señaló que se habría encontrado en una posición inferior. Exhibidas al perito las fotografías acompañadas al auto de apertura del juicio oral, en especial las 9 referidas a las lesiones sufridas por la menor, indicó que efectivamente esas fueron las fotografías que sacaron a la menor, y que ilustran lo que él explicaba. Así, expresó que se puede observar que no había signos de lesiones externas, siendo muy complejo el mecanismo que pudiera justificar que fue un palo el causante de las lesiones presentes. Refirió las distintas partes a que aludía en sus dichos, y las lesiones que había descrito. Reiteró que la niña no presentaba lesiones genitales externas y que el objeto que intentó penetrar obviamente no tenía cabida por lo que produjo las lesiones. Una de las fotografías también muestra la zona genital una vez reparada. Con otra explicó que se ven los labios cerrados pese a tener las piernas abiertas, lo que indica que si hubiera sido un palo con lo que se golpeó la niña necesariamente hubiera lesionado la cara externa de los labios vaginales. Preguntado nuevamente acerca de las consecuencias que hubiera tenido la menor para el caso de no ser atendida con la hemorragia y las lesiones que tenía, señaló que se podría haber producido una anemia aguda y eventualmente una infección, expresando que nadie podría estar sin recibir asistencia en un caso así. Ante otra consulta de la fiscal, agregó que cuando se producen anemias agudas no se produce una oxigenación suficiente, lo que generaría náuseas, vómitos y desmayos. Contraexaminado por el defensor, señaló que después de ver las lesiones observadas se puede concluir que debe haber habido una fuerza suficiente que vena todas las capas, y como no fue una erosión, sino un desgarramiento, debió haber habido una fuerza atribuible a un pene, incluso un consolador normal no podría haber causado estas lesiones, de ser un objeto sería uno muy especial, pero lo más probable es que haya sido un pene. Por último, consultado acerca de la sensación de dolor que habría tenido la víctima,

manifestó que al ser una zona muy sensible el dolor debió haber sido muy grande.

Finalmente, el Ministerio Público incorporó, mediante su lectura resumida, prueba documental consistente en:

1).- Extracto de filiación y antecedentes del acusado Miguel Angel Lucero Carreño, fecha de nacimiento 5 de Enero de 1968, en que no registra anotaciones pretéritas; y,

2).- Ficha clínica de la menor G., del Hospital Regional de esta ciudad, en la que aparece en primer término la hoja de atención de urgencia, fechada el 21 de Enero de 2005, hora de atención 20:05 horas; luego carta de operaciones, con diagnóstico preoperatorio lesión de introito vaginal y diagnóstico post operatorio hematoma pared interna labios menores bilaterales, erosión interna en labio menor, desgarramiento de dos centímetros horquilla vaginal, desgarramiento pared posterior de 2,5 centímetros vaginal; otra hoja de atención de urgencia de la unidad pediátrica, con fecha de ingreso 21 de Enero 2005, hora 12:47 horas, historia de ingreso pediátrico y luego historia y evolución clínica; 21 de Enero 2005, 20:30 horas, se informa a fiscalía y se confecciona informe médico legal y examen general, introito con desgarramiento a nivel de horquilla y hematomas bilaterales; 22 de Enero 2005, desgarramiento con lesión introito vaginal; 24 de Enero 2005, se constatan graves lesiones vaginales y sangramiento genital, se solicitó evaluación ginecológica, se informa introito con desgarramiento a nivel de horquilla y hematomas bilaterales; se entrevista a María Angélica Soto, abuela paterna, quien tiene tutela legal por separación de sus padres, vive hace cinco años con su abuela y es visitada regularmente por su padre y muy ocasionalmente por su madre, abuela refiere que trajo a menor a urgencia porque día anterior en que no estuvo con ella había presentado vómitos y diarrea, según lo que referían sus primas y un tío, la tía no estaba ya que estaba enferma hospitalizada, y cuando estaba aquí la abuela se dio cuenta que presentaba genitorragia; 25 de Enero 2005, paciente permanece en regulares condiciones refiriendo "prurito" en región ano genital y dolor; 12:30 horas frente a evidencias de violación concurre a servicio de pediatría señorita Fiscal y psicóloga del Ministerio Público a tomar declaración a G.; 26 de Enero 2005, 5º día de hospitalización, paciente permanece tranquila, afebril; 27 de Enero 2005; 28 de Enero 2005, alta a su abuela, se le dan

indicaciones a abuela tutora, quien ya se contactó con Sename para apoyo pensado por el daño provocado en la agresión, firma doctora Trusin.

SÉPTIMO: Los antecedentes antes expuestos permitieron formar la convicción del tribunal acerca de la efectiva ocurrencia de los hechos materia de la acusación, en especial que la víctima G.C.C.A. fue accedida carnalmente, por vía vaginal, por el acusado Miguel Angel Lucero Carreño, y se tuvo en consideración para ello el relato que la ofendida hiciera al tribunal en la audiencia, en forma convincente respecto del ataque sexual del que fuera objeto, expresado con el lenguaje propio de su edad y considerando su nula experiencia sexual. En efecto, la niña refirió que su tío, aludiendo al acusado, la violó, explicando que eso ocurre cuando obliga a una persona a tener relaciones con él, lo que ocurrió en Enero de este año, cuando después de haber ido a un paseo ella se quedó a jugar con sus primas Josefa, Daniela y Taíz en la casa de él, y que solo estaba en la casa el papá de la Taíz y sus primas; pese a su corta edad pudo precisar que no estaba en la casa su tía Lorena porque ella se había enfermado y estaba en el hospital, y que ese día las cuidaba el papá de la Taíz. Señaló claramente a continuación que cuando ella estaba durmiendo en la cama de él se despertó llorando y sangrando porque él la había violado, describiendo que ella estaba con una polera y él estaba desnudo y "le puso su pene en su vagina", y le empezó a doler la vagina, y se despertó llorando; entonces él la llevó al baño y la empezó a lavar, relatando luego las circunstancias posteriores tanto de lo que vivió como de lo que sintió.

Especial atención merece su relato de lo que el hechor le dijo al momento de la agresión sexual: si hablaba respecto del hecho le iba a pasar lo mismo a la Taíz, que es su prima pequeña, hija del mismo acusado, declaración que coincidió con el momento de mayor emoción de la niña en su testimonio, cuando se puso a llorar profusamente por unos minutos. También llamó la atención del tribunal la descripción de sus dolencias después de consumado el acto sexual, el dolor de estómago que sufrió, los vómitos, la diarrea, el desmayo... y la conducta que observó en su tío después del hecho, lo que dijo a sus primas y luego a su abuela respecto a que la menor sólo tenía dolor de estómago y diarrea, y que lavó las sábanas y la ropa.

El tribunal ponderó del relato de la ofendida, los detalles que proporcionó, los que revelaron su escaso conocimiento en materias sexuales sin perjuicio que permitió dar precisa cuenta de lo que le pasó. Dio indicios reveladores, como ser el hecho de que al ser penetrada le dolió y le salió sangre de la zona vaginal, lo que fue indicación suficiente para demostrar que fue desflorada en esa oportunidad, como consecuencias de la violación consumada, produciéndose entonces las graves lesiones que el médico legista que la examinó refirió en la audiencia, según se dirá.

En opinión de estos sentenciadores, tanto por la calidad de detalles que aportó en su testimonio, la claridad de las descripciones que hizo y la emoción evidente que la nueva evocación de lo vivido hizo manifestar a la menor, sus dichos parecieron coherentes, certeros y altamente convincentes, resultando además en sus aspectos sustanciales y determinantes, en pos de la convicción adquirida por el tribunal, concordantes y respaldados con las expresiones vertidas por los peritos Loreto Ibarra Bugueño y Paulina Pérez Herrera, quienes a través de sus respectivas experticias consiguieron un relato de la menor respecto de los hechos en los mismos términos que el obtenido en la audiencia, pudiendo esta última, además, concluir de acuerdo a su experiencia, que dicho relato era creíble, misma conclusión alcanzada por el tribunal.

En efecto, la primera señaló que en la evaluación psicológica de daño emocional que efectuara a la niña, en el mes de Mayo de este año, concluyó que esta presentaba un estrés agudo producto de una experiencia de agresión sexual basada en un episodio único, advirtiendo un daño intenso con pronóstico de larga duración. Lo anterior puesto que la agresión que vivió la niña se caracterizó porque se había dado en el contexto de relación fraternal, cercana, afectiva y de confianza con el imputado y la familia de éste, dado que la menor se relacionaba mucho con sus primas, hijas del imputado, quedándose a dormir en forma habitual en la casa de ellas, y cada vez que se quedaba a dormir él hacía las veces de cuidador; además la acción fue violenta, no hubo seducción o pasos previos a la comisión de la acción concreta. A raíz del hecho ella perdió los vínculos con esta familia, con su tía y sus primas; sufrió y sufre trastornos en el sueño, en el control de esfínter, presenta un ánimo bajo, llantos, inestabilidad

emocional y temores con esta persona y respecto que la situación vuelva a ocurrir, sensación de estrés agudo, hiperactividad y temores o miedos en general. Presentó también pensamientos relativos al sangramiento, al dolor físico y temores de estar en el baño, donde ocurrió parte del hecho, estímulos que quedaron gravados en ella. Además el hecho le produjo a la menor un daño agudo en el orden afectivo, relacional y también en su nivel cognitivo. Todo ello llevó a esta perito a indicar que el pronóstico de reparación requiere un periodo mínimo de 8 meses de tratamiento, hasta un año, esto es, de largo aliento, explicando que de existir apoyo psicológico puede superarse la situación en cuanto a su sintomatología, para que maneje la situación y la incorpore a su vida, pero en cuanto lo que le afectó precozmente en su sexualidad no podrá nunca superarla completamente ya que no podrá olvidarla y desde ese punto de vista es irreparable. Todo este análisis de lo expuesto por la menor que hace la perito, y del daño causado, resultó al tribunal plenamente acorde y compatible con el relato que hizo la menor en la audiencia, considerando las limitaciones propias de su edad para describir y contar lo que le pasaba, tanto respecto al episodio traumático que le afectara como a las secuelas del mismo.

Por su parte, la perito Paulina Pérez Herrera, cuya declaración se aportó mediante la incorporación de prueba anticipada por la Fiscal, expuso que entrevistó a la menor G. en el Hospital los días 25 y 26 de enero del presente año, esto es, pocos días después de la ocurrencia del hecho, cuando la menor aún estaba en el hospital, relatando que en principio la niña no dijo nada de los hechos, sólo que se había pegado con un palo en un paseo, versión que por distintos factores que explicó no creyó. Así, señaló que observó rigidez en las expresiones corporales de la menor al referirse a elementos más vinculados a los hechos, lo que indicaba claramente que estaba omitiendo información, pudiendo a través de la conversación y especialmente luego de dejar pasar otro día para continuar el interrogatorio hacer que la menor le contara en detalle el hecho, advirtiendo que su mutismo previo estaba intencionado por proteger a su tío Miguel y a través de eso a sus primas, ya que no quería que nada malo les pasara, porque estaba amenazada por él. Respecto del hecho ratificó que la menor le dijo en lo medular lo mismo que ésta expresó en la audiencia, esto es, que fue

a dormir a la casa de sus primas y que iba a estar a cargo de su tío Miguel, ya que la esposa estaba en el hospital; que estaba en la cama matrimonial, ella acostada al medio, su tío al lado izquierdo y su prima al lado derecho; que despertó en la noche con su tío desnudo encima, quien le había sacado su ropa y la hizo que se callara, metiéndole “la parte del hombre” en su vagina; que a ella le dolió, la hizo tira y empezó a sangrar, y que luego la llevó al baño, mientras ella todavía sangraba, momento en que ella estaba muy asustada, y comenzó a limpiarla; y otros detalles de lo que pasó después del ataque. La perito fue especialmente precisa en explicar que la niña tenía una omisión intencionada de referirse al hecho en detalles, ya que su tío la manipuló para que no dijera nada, para que “no tuviera consecuencias en sus primas”, ya que de contar algo la más dañada iba a resultar ser la más “chiquitita”, en alusión a la prima Taíz. Después que la menor estuvo hospitalizada, hasta el 28 de Enero en el Hospital de Rancagua, estuvo en tratamiento en el Centro Esperanza del SENAME, todo el presente año, con proyección de seguir hasta el mes de febrero de 2006. Por el análisis de los dichos de la menor de acuerdo a su experiencia pudo concluir que presentó un relato creíble.

Esta opinión calificada de la perito permite dar crédito a la circunstancia que la menor en un principio haya podido dar una versión tan disímil de lo que le había ocurrido, precisamente influenciada de manera sustancial y determinante por la referida manipulación de parte de su tío, quien recurrió a amenazar algo que sabía podía afectar la voluntad de la ofendida, como era el cariño que sentía por sus primas, en especial por la más pequeña y cercana para ella.

Cabe además hacer notar que la primera de las peritos examinó a la menor varios meses después del hecho, en tanto la segunda sólo unos días después, pese a lo cual las coincidencias en los relatos obtenidos de la menor y de los análisis que ellas realizaron, sin perjuicio de sus enfoques diversos, son testimonios de una congruencia de la niña en mantener a través del tiempo el mismo relato de los hechos y la misma imputación directa al acusado, reafirmada con lo que expuso en la audiencia.

A lo declarado anteriormente por la menor y ambas peritos se les unió la versión de los funcionarios de la Brigada de Delitos Sexuales de la Policía

de Investigaciones de Rancagua, Claudia Castro Navarrete y Max Concha Muñoz, quienes dieron cuenta de la labor investigativa que les fue encomendada y que resultó concordante, en sus aspectos sustanciales, con el relato de la menor. En este sentido, ambos refirieron de modo conteste, que el día 21 de Enero concurren al Hospital Regional a requerimiento del fiscal por una violación, hablando con la abuela paterna de la menor, María Soto, quien les dijo que a su nieta la habían llevado al hospital por dolor estomacal, vómitos y diarrea, pero luego de estar en observación el médico que la atendía le dijo que tenía lesiones producto de una violación, descartando lo que decía la menor respecto que se había pegado con un palo en un paseo. La funcionaria Claudia Castro relató que le correspondió fijar las lesiones de la menor, aludiendo a obtener las fotografías de las mismas, momento en que vio a la niña muy afectada y que tenía toda su zona genital destrozada. Indicó que entrevistaron entre otras personas a una de las primas de G., la menor Daniela, quien les dijo que en el paseo había escuchado por otras amigas que G. se había caído, pero que después pensó que era mentira porque ella no se quejó ni le contó nada. Le contó también que al llegar del paseo G. se fue a quedar a su casa como era costumbre, y en la noche se despertó cuando escuchó a G. llorar, por lo que fue a verla, apareciendo su papá –Miguel Lucero– quien le dijo que se fuera a acostar y que la G. “se cagó”. La sintió esa noche vomitar e ir al baño, y quejarse. Al otro día G. no tomó desayuno, seguía con los dolores estomacales y en eso al ir al baño se desmayó. Como a la una de la tarde llegó la abuela a quien le contó que G. estaba enferma, y ésta al ver a la niña mal en la casa se la llevó al hospital. Agregó que esa noche el único adulto en la casa era Miguel Lucero, y que por lo mismo la menor estaba a cargo de éste, igual que sus hijas. Esta funcionaria aclaró que supo que no estaba la conviviente del imputado porque estaba hospitalizada por una meningitis viral, le parece, desde hacía más o menos 9 días. Manifestó también que la abuela declaró que cuando supo por el doctor que no era lo que decía Miguel lo que tenía la niña, ella se lo dijo y él le respondió que tenía que hacer y se fue, pero no regresó, y fue la última vez que lo vio; al otro día lo llamó y él soltando el teléfono salió corriendo diciendo a su jefe que estaba presente que iba al hospital, pero no llegó; supo también que fue a buscar a sus hijas y las llevó a casa

de la abuela de éstas y desapareció. La abuela de G. asimismo les refirió que tenía sospechas de él porque había desaparecido y porque lo había visto lavando las sábanas, lo que nunca había hecho. Señaló que acompañados de la abuela realizaron la inspección del sitio del suceso, lugar que esta ya había visitado primero, mostrándole ella dónde había descubierto manchas rojas que parecían sangre. Ellos también revisaron el sitio del suceso y vieron manchas de sangre en la cama de las niñas y en la cama matrimonial, donde duerme Miguel. A su turno, el funcionario policial Max Concha Muñoz, refirió que al entrevistar a la Señora María, abuela de la menor, les señaló que su nieta concurre a un paseo con otros niños y sus primas por una semana, y al volver le pidió permiso a ella, quien tiene su tutoría, para quedarse en casa de sus primas, y ella la autorizó porque no era la primera vez que se quedaba allá, por lo que se quedó en la casa de estas niñas. Les contó también que la mamá de las niñas, Lorena, tía de la menor, se encontraba hospitalizada en el Hospital Regional por una meningitis viral, y que por eso todas las menores se encontraban bajo el cuidado del imputado –al que indicó en la sala de audiencia– Miguel Angel. Relató también que en la investigación se interrogó a la yerna de la denunciante, la señora Olaya, quien les contó G. no era primera vez que se quedaba en ese domicilio, que su cuñada se encontraba en el hospital, y que temía las conductas del imputado, narrando otros episodios familiares vinculados a abusos sexuales cometidos por éste. Con estos antecedentes se entrevistó nuevamente a la abuela de la menor, quien les dijo que el día Domingo siguiente a los hechos ella fue en compañía de su yerna y la niña Daniela a la casa del acusado con la finalidad de ver cómo pudieron haber ocurrido los hechos, revisando primero la pieza en que duermen las hijas del imputado, donde al dar vuelta el colchón vieron que había en su centro una mancha de sangre, al igual que en los cobertores, trasladándose a la cama matrimonial de la casa, donde vio también en el colchón una mancha de sangre en el costado izquierdo. A lo anterior agregó que había visto al imputado el día viernes en la mañana lavando las sábanas de su casa y unas ropas, lo que le pareció muy extraño porque él nunca lo hacía. Respecto de la inspección del sitio del suceso, dijo el testigo que se concurre el día Lunes 24 al domicilio, en presencia de la señora María, percatándose efectivamente que al dar vuelta el colchón

de espuma de una de las camas en el medio tenía una mancha de sangre, y que también había una mancha de sangre en el sector izquierdo de la cama matrimonial, por lo que requirieron la presencia de peritos para practicar las pruebas correspondientes. Su testimonio en esta parte resultó ilustrado mediante las fotografías exhibidas por la Fiscal, que fueron las señaladas en el auto de apertura del juicio oral, específicamente las 34 que se indican como correspondientes al sitio del suceso, señalando que correspondían a las tomadas en esa diligencia y que mostraban distintas vistas del exterior e interior domicilio del imputado, ubicado en calle Campo lindo N° 68 C, y sus distintas habitaciones; la cama matrimonial donde al dar vuelta el colchón vieron la mancha pardo rojiza; uno de los cobertores con una mancha similar; lo mismo en otra cama donde se observa en el centro del colchón una mancha pardo rojiza; el lugar donde se hallaron restos de vómitos que corresponden a la víctima; vellos púbicos encontrados; evidencia toda que fue remitida al Laboratorio de Criminalística Central donde se determinó que correspondían a sangre de la menor. Concluyó explicando que habiendo reunido toda la información necesaria en la investigación el día miércoles 26 de Enero obtuvieron una orden verbal de detención del sujeto, a quien se detuvo ese mismo día en la tarde y se le tomó declaración, quien reconoció que ese día G. se había quedado en su casa, que se acostó en la cama matrimonial, en el centro, y como a las 23 horas, comenzó a “excitarla”, le bajó su ropa y violentamente la atacó sexualmente durante unos minutos, y como vio que le dolía y que estaba sangrando la llevó al baño (señalando el testigo que por eso está la mancha de sangre en ese costado de la cama matrimonial), tratando de parar la hemorragia, limpiándola y recostándola en la cama de una de sus hijas (agregando el testigo que allí fue donde luego encontraron la mancha de sangre en el colchón, el que el imputado había dado vuelta).

Como aparece de lo extractado, las versiones de los funcionarios policiales indicados expusieron las diversas diligencias efectuadas en el curso de su investigación, incluyendo la entrevista de la menor, que resultó acorde con sus dichos en la audiencia; de la abuela y otros familiares, congruente también con lo que estas manifestaron por su parte, según se verá; de la menor Daniela, hija del imputado y prima de G., que estuvo en el domicilio la noche en

que ocurrió el hecho, cuyo testimonio fue ilustrado de oídas por la funcionaria Claudia Castro y aparece verosímil y compatible con lo expuesto por la propia víctima y el resto de las pruebas, pese a que no se prestó en la audiencia; más la inspección del sitio del suceso, ilustrada también a través de las fotografías obtenidas en la diligencia incorporadas como prueba en la audiencia, que permitió graficar el lugar en el que se cometió el delito y explicar gracias a las evidencias encontradas en especial la cama donde la menor estaba acostada cuando el acusado la atacó sexualmente, y la cama donde ésta fue recostada una vez que la lavó y limpió, como relata la menor.

Precisamente en cuanto a las evidencias encontradas en el sitio del suceso, declaró el perito Cristian Torres Barrientos, bioquímico del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones, quien expuso que con fecha 27 de enero se recibió en el Laboratorio de Criminalística Central oficio N° 196 de la Brigada de Delitos Sexuales de Rancagua, con 8 evidencias: dos trozos de esponja, dos trozos de tela, un paquete con pelos, dos muestras vaginales y una muestra de referencia con el nombre de G.C.A., y tal como solicitaba el oficio, se hicieron pericias para establecer la presencia de distintos fluidos biológicos, sangre y semen, y compararlos con las muestras de referencia, encontrándose sólo presencia de sangre en las esponjas y telas y ningún indicio de semen o espermatozoides; tampoco en las muestras vaginales. Señala que se concluyó con un 99% y superior que esa sangre era compatible con las muestras de referencia de la menor. Con respecto a los pelos, se estableció que ellos eran bellos púbicos, a los que se les hizo análisis de ADN, pero lamentablemente debido al incendio que afectó las dependencias se perdieron estas pruebas y no se pudo obtener el resultado. Preguntado por la Fiscal, explicó que la hemorragia que presentó la víctima de acuerdo a su experiencia pudo haber servido como limpieza de su vagina, lo que indicaría por qué no se encontró muestras de semen.

Las conclusiones antes indicadas fueron coincidentes con las declaraciones vertidas en el juicio en cuanto a que fue la sangre de la menor ofendida la que producto del hecho y de la hemorráega que le sobrevino manchó las camas, sábanas y colchones, en que estuvo recostada en el domicilio del acusado, donde pasó esa noche.

En respaldo de todo lo indicado, especialmente acorde a lo manifestado por la ofendida y ratificando lo referido por los funcionarios policiales citados, se sumó lo expresado por las testigos María Angélica Soto y Olaya Osses Jara, las que refirieron la forma y circunstancias en que tomaron conocimiento de los hechos. En efecto, María Angélica Soto Alvarado, abuela de la menor, expuso cómo sucedió que estando a su cargo pasó la noche del día 20 de enero de este año en casa del acusado, refiriendo que su hija estaba enferma en el hospital por lo que estaba solo el acusado con dos hijas y al llegar de un paseo G. le pidió permiso para quedarse con sus primas en casa de su tío, lo que autorizó pensando que era al lado de su casa, que G. prácticamente se crió ahí por lo que había mucha confianza, además que su tío era prácticamente como su papá y la niña lo adoraba. Fue así como esa noche él se quedó a cargo de las niñas, coincidiendo estas circunstancias con lo referido por la ofendida y por la menor Daniela, especialmente en cuanto este cuidado ocasional se había repetido anteriormente y se fundaba en la confianza existente y la estrecha relación de casi paternidad entre la menor y su tío. Agregó la testigo que al otro día en la mañana, habló con él en relación a que iría a ver a su hija Lorena al hospital, y notó que los cordeles de la casa de Miguel estaban llenos de ropa lavada. Al volver a casa fue donde éste, momento en que supo por Daniela que la G. estaba enferma, viéndola muy mal –blanca, como muerta, que no reaccionaba– increpando a Miguel de por qué no le había dicho nada antes, el que le dijo que la niña había tenido dolor de guata, vómitos e indigestión, pero era una cosa simple. La abuela refirió también que llevaron a la niña al policlínico y luego al hospital de Rancagua, donde en definitiva se le advirtieron las lesiones que presentaba y que eran indicadoras de que había sufrido una violación, descartando lo que la niña indicó primeramente como la causa de sus dolores, especialmente que se habría pegado con un palo en el paseo. Si bien entonces la niña no le contó lo que verdaderamente le ocurrió, sí lo hizo después, refiriéndole la agresión sexual que sufrió en términos similares a lo expresado por la menor en la audiencia. Agregó la niña le contó también que él le dijo que si decía algo la Taíz pagaría las consecuencias, aclarando que la Taíz tiene 5 o 6 años y es la propia hija de él, y por eso la menor tiene temor que a la Taíz le pueda ocurrir lo mismo. Por otra parte, y respecto a los daños que el hecho

le causó a su nieta, señaló que a la niña la ve llorar cada vez que recuerda, que no puede dormir sola, se hace pipí, tiene temor de salir a la calle, le tiene miedo a todos los hombres. A su turno, la testigo Olaya del Tránsito Osses Jara, señaló conocer a G. porque es hija de su conviviente, agregando que supo que la violaron porque su suegra –aludiendo a la abuela de la menor– mandó a buscar a su marido cuando la niña estaba grave en el hospital, enterándose después que no era que la niña tuviera dolor de guata y diarrea porque se hubiera caído, sino que era por una violación. Indicó que supo que esa noche ella estuvo a cargo de su tío Miguel Lucero en casa de él, y que después del hecho éste desapareció.

A su vez, la agresión sexual descrita por la menor y las lesiones derivadas de ella, así como las declaraciones en cuanto aluden a dichas lesiones, fueron corroboradas científicamente con la pericia médica realizada por el facultativo Rafael Yañez Arce, médico cirujano y ginecólogo del Servicio Médico Legal de Rancagua, quien dio cuenta que al examinar a la niña, correspondiéndole a él realizar el informe de lesiones de la menor y la reparación de las lesiones que ella había tenido. Indicó que ésta se encontraba en urgencia del hospital local, descompensada, por lo que debieron ponerle anestesia general para poder examinarla, ya que tenía un sangrado abundante, estaba bastante pálida y el examen en esas condiciones sería doloroso. Fue así como se la llevó a pabellón, haciéndosele los exámenes pertinentes, advirtiéndose que no presentaba lesiones en el resto del cuerpo, sólo en la zona genital. Explicó que en la cara interna de ambos labios menores, que cubren la entrada de la vagina o introito, tenía lesiones que describió en su informe como hematomas; en la parte más baja, en la que se comunica con el ano, que se llama horquilla vaginal, tenía una lesión profunda de dos centímetros, que él estimó como de grado tres, de acuerdo a la escala de gravedad, porque la mucosa que cubre la parte visible de la vagina estaba rota; y también en la parte profunda, en la cara posterior de la vagina, tenía un desgarró de 2,5 centímetros de largo que comprometía la parte muscular. Esta explicación la ilustró el perito a través de un dibujo en una pizarra durante la audiencia. A continuación refirió que la niña le había relatado que se había golpeado con un palo. Pero esa lesión debería haber partido de afuera

hacia adentro, debiendo aparecer lesiones en la cara externa de los labios mayores, y no presentaba lesiones en dicha zona. Agregó además que el mecanismo de la relación sexual implica que en la mujer, para que el pene pueda ingresar sin lesionar la cara posterior de la vagina tiene que vascular para que el pene pueda penetrar sin dificultad, cuando esto no es así el pene choca con la cara posterior de la vagina, siendo un elemento para hacer sospechas que no había una vasculización de la mujer precisamente la existencia de estas lesiones; lo mismo el hecho de que no tuviera lesiones externas hacía pensar que las lesiones no se causaron desde afuera hacia adentro, como lo hubiera causado un palo o una piedra. Respondiendo una pregunta de la Fiscal, señaló que le pareció más bien que había signos de una penetración por pene. Preciso que no había elementos que indicaran que las lesiones provendrían de un objeto distinto de un pene. Preguntado respecto de por qué fue necesaria una intervención quirúrgica de la menor, indicó que fue porque la niña tenía desgarros y cuando llegó tenía una anemia importante, con una hemoglobina de 7, lo que es muy bajo para una niñita, lo que implica que si hubiera tenido un segundo sangramiento en el hospital hubiera sido bastante grave, porque hubiera estado mal preparada para resistirlo y por ello producirle un shock. Las lesiones desde el punto de vista de la urgencia fueron graves y debían ser reparadas porque podrían llevar a un sangrado posterior y con ello a un shock o a una infección que en el caso de la niña podría ser fatal. Consultado si por las lesiones advertidas podría indicarse la posición de la menor al momento de la agresión, señaló que se habría encontrado en una posición inferior. Exhibidas al perito las fotografías acompañadas al auto de apertura del juicio oral, en especial las 9 referidas a las lesiones sufridas por la menor, indicó que efectivamente esas fueron las fotografías que sacaron a la menor, y que ilustran lo que él explicaba. Reiteró que la niña no presentaba lesiones genitales externas y que el objeto que intentó penetrar obviamente no tenía cabida por lo que produjo las lesiones. Una de las fotografías también muestra la zona genital una vez reparada. Con otra explicó que se ven los labios cerrados pese a tener las piernas abiertas, lo que indica que si hubiera sido un palo con lo que se golpeó la niña necesariamente hubiera lesionado la cara externa de los labios vaginales. Ante otra consulta de la fiscal, agregó que cuando se producen anemias agudas no se

produce una oxigenación suficiente, lo que generaría náuseas, vómitos y desmayos. Contraexaminado por el defensor, señaló que después de ver las lesiones observadas se puede concluir que debe haber habido una fuerza suficiente que venza todas las capas, y como no fue una erosión, sino un desgarramiento, debió haber habido una fuerza atribuible a un pene, incluso un consolador normal no podría haber causado estas lesiones, de ser un objeto sería uno muy especial, pero lo más probable es que haya sido un pene. Por último, consultado acerca de la sensación de dolor que habría tenido la víctima, manifestó que al ser una zona muy sensible el dolor debió haber sido muy grande.

Las lesiones que refirió el perito como presentes en la menor el día del examen, parecieron a los juzgadores compatibles con la agresión sexual de que fue objeto, permitiendo descartar razonablemente la primera versión de la niña acerca de que se había golpeado con un palo, siendo especialmente preciso el perito en demostrar por qué no era creíble dicha versión y más bien debía concluirse que las lesiones habían sido causadas por un pene, sólo siendo posible entonces entender que la menor no dijera la verdad de lo que le ocurrió en el contexto de lo relatado por la perito sicóloga Paulina Pérez Herrera, en cuanto a que había sido manipulada por el acusado para no delatarlo, bajo amenaza de dañar a su querida prima Taíz, como la propia menor se encargó de señalarlo en el juicio.

De esta manera, lo expuesto resultó especialmente convincente para hacer concluir que la menor fue efectivamente accedida carnalmente por vía vaginal por el pene del acusado, no resultando suficientemente lógicas otras hipótesis respecto a un origen alternativo de tales lesiones, el que más bien quedaría en el mundo de la imaginación, de modo tal que no pareció posible articular una duda razonable en este sentido.

A su vez, y conforme la experticia del perito permitió al tribunal "acercarse" a lo que la menor debió haber padecido a consecuencia de sus lesiones, pudo establecerse que la penetración que sufrió la niña fue violenta y dolorosa, siendo de tal gravedad las lesiones causadas que exigieron adoptar un procedimiento quirúrgico a fin de evitar que continuara la hemorragia y se evitara la posibilidad de un shock o una infección, que atendida la edad de la paciente podría haber sido fatal. La versión del perito

fue especialmente convincente ya que además pudo ilustrarse mediante la observación y apreciación directa por los sentenciadores tanto de las demostraciones que hizo éste en la audiencia, como del apoyo que para sus explicaciones prestaron las fotografías tomadas a la zona genital de la menor, exhibidas en el juicio e incorporadas como prueba por la Fiscalía.

Las explicaciones dadas por el perito hicieron más creíble lo expuesto por la menor, además, al entregar una versión razonable respecto del hecho que no se haya encontrado semen en la vagina de la menor producto de una eventual eyaculación del hechor durante la penetración, ya que tal circunstancia, como bien explicó, puede tener su justificación en la prolongada hemorragia vaginal que sufrió la menor, la que pudo haber ayudado a eliminar los restos de semen, máxime si el examen se practicó al día siguiente de la consumación del acto sexual, y en el intertanto el imputado lavó reiteradamente a la menor, como lo dijo la propia menor y lo afirmó también su prima Daniela, cuya declaración expuso el funcionario policial Max Concha en la audiencia, quien la tomó. Ello sin perjuicio que el tipo penal objeto de la acusación no exige para su consumación una eyaculación del hechor o el depósito de semen durante la penetración, elemento que más bien resultaría ser un indicio de aquella.

Finalmente, en cuanto a las lesiones causadas a la menor y a las intervenciones reparatorias a que fue sometida, se tuvo presente también lo expresado en la ficha médica de atención a la menor en el Hospital Regional de Rancagua, documento incorporado por la Fiscal como prueba al juicio, cuya lectura resumida dio cuenta del diagnóstico clínico de la menor y su evolución durante los días que permaneció hospitalizada, que fue acorde con los dichos del referido perito Dr. Yáñez, y con el periodo de hospitalización que tuvo la menor, hecho no controvertido, como ya se indicó.

Por otra parte, del mérito de las convenciones probatorias a que llegaron las partes se pudo establecer que la víctima G.C.C.A. tenía al momento de ocurrencia de los hechos investigados 8 años de edad; a su turno, atendido que también se reconoció que el acusado es cónyuge de la tía de la víctima, cuyo nombre se conoció después era "Loreto", se pudo razonablemente colegir que ese era el motivo por el cual se le denominaba por la ofendida

"tío", siendo tratado con la confianza que una ordinaria relación familiar permite tener, más especial en este caso, en que tanto la víctima como su abuela describen la relación anterior como muy cercana, atendido el anterior rol casi de padre que había tenido durante un periodo el acusado respecto de la ofendida.

Asimismo, otros hechos esenciales que tampoco fueron controvertidos por las partes fueron los señalados en el considerando Quinto, en especial que el día 20 de Enero de 2005 la menor G.C.C.A. pasó la noche en la casa del acusado Miguel Ángel Lucero Carreño, ubicada en calle Campo Lindo N°68 C, El Guindal, comuna de Machalí, sólo en compañía de éste y de sus primas Josefa, Daniela y Taíz, circunstancia que resultó en todo caso probada también con innumerables declaraciones, como la propia ofendida, su abuela y los dichos de la menor Daniela, reproducidos por el funcionario policial Max Concha, último que también tomó conocimiento de aquello producto de los otros antecedentes de su investigación.

Finalmente, en cuanto a los hechos tampoco se discutió, sin perjuicio que también existieron diversos antecedentes de respaldo de esta información en la audiencia, que la menor G.C.C.A. fue trasladada por su abuela María Angélica Soto y el acusado al Consultorio de Machalí, siendo derivada al Hospital Regional de Rancagua, donde permaneció hospitalizada hasta el día 28 de enero del presente año, hecho que se debió a la gravedad de las lesiones que padeció, según latamente se refirió por el profesional Dr. Yáñez, y que también se consigna en la ficha clínica de la menor, incorporada y leída en la audiencia, según ya se citó.

De la acabada relación de los antecedentes aportados por el Ministerio Público se concluyó, en definitiva, la efectiva ocurrencia de los hechos en que se basó la acusación deducida contra el imputado.

OCTAVO: Conforme a los antecedentes señalados precedentemente, este Tribunal, apreciando libremente la prueba descrita, la estimó bastante para formar convencimiento en cuanto a que el día 20 de enero de 2005, en horas de la noche, cuando la víctima de iniciales G.C.C.A. de 08 años de edad, se encontraba en la casa del acusado, ubicada en calle Campo Lindo N°68 C, El Guindal, comuna de Machalí, siendo el acusado cónyuge de la tía de la menor y ella fue alojar con sus primas, aprovechando

que la menor se encontraba a su cuidado y se había quedado dormida en el dormitorio matrimonial de la casa, se subió arriba de ella, momento en que la víctima despertó y trató de defenderse, pese a lo cual el acusado introdujo violentamente su pene en la vagina de la víctima, provocándole desgarros vaginales que le ocasionaron una abundante hemorragia, comenzando la menor a llorar. Luego el acusado, lavó a la víctima, diciéndole a sus hijas que su sobrina tenía diarrea, la llevó hasta el dormitorio de sus hijas, dejando a la menor con sangramiento hasta el día siguiente cuando la abuela de la niña se dio cuenta del estado en que se encontraba, trasladándola al Consultorio de Machalí, siendo derivada al Hospital Regional de Rancagua donde permaneció hospitalizada hasta el día 28 de Enero del presente año.

NOVENO: Los hechos descritos configuran el delito de violación en la persona de G.C.C.A., a la época de su ocurrencia menor de 14 años, edad sometida a la especial protección del legislador por la figura penal prevista y sancionada en el artículo 362 del Código Penal, delito que se cometió en grado de consumado, y en el que correspondió a Miguel Angel Lucero Carreño participación en calidad de autor inmediato y directo.

DÉCIMO: La participación de Miguel Angel Lucero Carreño se estableció con la imputación directa que le hiciera la víctima G.C.C.A., en cuanto señaló que el esposo de su tía Lorena, Miguel Angel Lucero Carreño, fue quien la violó, lo que pasó en Enero cuando se quedó a jugar con mis primas, la Josefa, la Daniela y la Taíz, en la casa de él, y estaban al cuidado de él, relatando la forma en que se produjo este hecho. Señaló que ella estaba durmiendo en la cama de él cuando se despertó llorando y sangrando porque él la había violado, encontrándose ella con una polera y él desnudo, y fue allí cuando éste le puso su pene en su vagina, y le empezó a doler la vagina, y se despertó llorando. Indicó que fue él quien le hizo eso, quien después la llevó al baño y la empezó a lavar, quien le dijo a su prima que ella se había hecho caquita y que a ella le dijo que si hablaba le iba a pasar lo mismo a la Taíz; refirió también que al otro día él le dijo que se fuera a acostar a la cama de la Josefa, y luego fue rápido a lavar las sábanas, y cuando llegó su abuelita él le dijo que ella se había enfermado, por lo que la tomaron en brazos y la llevaron al policlínico.

Tales dichos manifestados en la investigación y mantenidos hasta la audiencia del juicio oral, configuraron una persistente, única y sostenida imputación y, por otro lado, plausible, atendida la forma cómo verosímilmente acaecieron los hechos de que dieron cuenta y fue entonces posible concluir que en la especie se acreditó que el acusado accedió carnalmente, por vía vaginal, a la ofendida.

La versión inculpativa que hizo la niña –como se dijo– fue avalada, en aspectos sustanciales, por la demás prueba de cargo.

En efecto, las peritos Loreto Ibarra Bugueño y Paulina Pérez Herrera, según se dijo, consiguieron un relato de la menor respecto de los hechos en los mismos términos que el obtenido en la audiencia, el que la primera estableció como compatible con la experiencia traumática vivida y la segunda estimó como un relato creíble, aclarando también ésta que la primera versión de la menor relativa a que se había golpeado con un palo resultó de una manipulación que hizo el propio acusado en cuanto amenazó a la ofendida con causarle lo mismo a su propia hija Taíz si la ofendida decía algo que lo inculpara.

Congruente resultó en esta línea el testimonio de María Angélica Soto Alvarado, abuela de la menor, especialmente en cuanto reafirmó que la niña pasó la noche en casa del imputado bajo su cuidado exclusivo, y que al otro día se enteró que presentaba diversos síntomas de malestar que la hicieron requerir asistencia médica, siendo informada en el hospital que su nieta había sido violada, sin que el imputado le diera alguna explicación de cómo pudo ello ocurrir y por el contrario eludiera el tema y luego desapareciera hasta ser detenido. A lo anterior agregó datos relevantes en inculpativa del acusado, como el hecho de haber visto que había lavado las sábanas de la casa, situación muy inusual en él y que a ella le llamó la atención, lo que después se pudo entender obedecía a un ánimo de borrar las evidencias del hecho, como pudo constatar ella misma al ingresar a la casa del imputado y ver las manchas de sangre en las camas después de dar vuelta los colchones, situación que cotejaron los funcionarios policiales Claudia Castro Navarrete y Max Concha Muñoz, encargados de la investigación, que efectuaron la inspección al sitio del suceso, recogiendo la evidencia que permitió posteriormente concluir al perito Cristián Torres que correspondían

a sangre de la menor. De la circunstancia de haber intentado el acusado rápidamente lavar la ropa de cama que resultó manchada con la sangre de la niña, se advierte un deseo de ocultamiento de lo ocurrido y la adopción de medidas tendientes a procurarse impunidad. Los mismos funcionarios pudieron también concluir la participación de autor del acusado, como lo expusieron en la audiencia, a partir de las diversas declaraciones que recibieron, entre ellas las de la ofendida, inculpándolo directamente; la de la abuela, María Soto, en cuanto les narró los hechos que ella conoció, acordes con los que manifestó ella misma en la audiencia; la menor Daniela, hija del acusado, cuyo testimonio conoció y aportó de oídas el funcionario Max Concha, en cuanto ubicó al acusado en el lugar y oportunidad de la comisión del delito, y también lo señalaba como el único encargado del cuidado de las niñas que estaban con él en la casa, entre ellas la ofendida; la testigo Olaya Osse, quien indicó que supo que esa noche la niña estuvo a cargo de su tío Miguel Lucero en casa de él, y que después del hecho éste desapareció, mismo testimonio prestado en el tribunal. Sin embargo, en este punto cabe señalar que la testigo proporcionó información relativa a episodios anteriores de la vida del acusado que corroborarían una inclinación por el abuso sexual. Así, señaló que en una oportunidad Miguel Angel después de una comida le había insinuado de una manera muy grotesca mantener relaciones sexuales, lo que a ella le pareció muy extraño, siendo encarado entonces por el dueño del local donde estaban para retirarse del lugar; también les relató Olaya que la hermana del imputado, Yasna, en forma confidencial le había contado que cuando tenía alrededor de 13 años de edad el imputado había abusado sexualmente de ella, que cuando ella estaba durmiendo en una habitación de la casa fue despertada por éste, quien estaba desnudo y bajándole su ropa intentó penetrarla, por lo cual pidió ayuda, escuchando otra hermana, Ivonne, gracias a lo cual el imputado se retiró. Entrevistada la aludida, Yasna, hermana del acusado, reconoció lo conversado por Olaya, ratificando lo anterior, agregando que en ese entonces no denunciaron nada por temor a que no le creyeran y a que su hermano fuera a la cárcel. Asimismo relató que tampoco nunca dijo que había conversado con otra hermana del imputado, Camila, quien le contó que éste había también abusado de ella, conversando en ese entonces con otro hermano, Oscar, que también dijo haber

sufrido un intento de abuso por parte del acusado. Ante todo eso se le preguntó a Yasna por qué no habían denunciado estos hechos, insistiendo ella que había sido porque temían que su hermano fuera a la cárcel, y también en el caso de Oscar por no verse expuesto psicológicamente a lo que eso implicaba.

Considerando estos múltiples antecedentes, se hace útil conocer el testimonio de la perito María Eugenia Ilabaca Cabezas, psicóloga del Servicio Médico Legal, quien señaló haber practicado un peritaje relativo a evaluar la conservación de juicio de realidad del imputado o eventuales alteraciones en su conciencia, en la que el imputado se presentó normal, no advirtiéndose alteraciones ni en su pensamiento ni en su percepción, pudiéndose sí observar quiebres emocionales frente a la evocación de eventos de su vida significativos para él. En cuanto a las conclusiones del peritaje señaló que el imputado tiene un acercamiento a la realidad genérico, desconsiderando detalles y matices afectivos, dando respuestas muy vagas, lo que si bien le permitió señalar que presenta un juicio de realidad conservado, sin fallas cognitivas relevantes ni conductas psicóticas, sí le aprecia una tendencia a la impulsividad y a una dificultad en la modulación de sus impulsos agresivos, con dificultades al relacionarse con los demás, de desconsideración por los otros, con tendencia a gratificar sus propios deseos e impulsos, sin considerar el bienestar de los demás; se muestra egocéntrico, presentando una conducta fría en términos afectivos, siendo muy destacada su impulsividad, su frialdad y el hecho de centrarse en sí mismo, sin que por otro lado haya presentado fenómenos alucinatorios ni dificultades para apreciar la realidad que significaran alteraciones en su nivel intelectual ni en las facultades mentales del examinado. Llamen la atención por cierto elementos que la perito a través de las pruebas que explicó pudo estimar presentes en la síquis del imputado que lo muestran eventualmente proclive a verse expuesto a una situación en que no pueda controlar sus impulsos y tienda a procurarse una satisfacción de sus propios deseos con frialdad, despreocupado de lo que ocurra con los otros.

A todo lo anterior relativo a la participación del acusado cabe agregar lo informado por la funcionaria de la Policía de Investigaciones Claudia Castro, que señaló respecto del acusado que al ser detenido este manifestó que todo ese tiempo había

estado en el cerro porque se había dado cuenta de lo que había hecho y que se había intentado suicidar, viéndolo ella que tenía una especie de surco en el cuello, aludiendo a las huellas de una cuerda o cable, indicándole él que como no logró hacerlo se volvió a casa de su abuela, dichos que resultan acordes con lo expresado por el propio acusado en la audiencia, al momento de dársele la oportunidad de exponer sus palabras finales, ocasión en la que nuevamente señaló encontrarse arrepentido de lo que hizo, sin precisar eso sí de modo inequívoco a qué concretamente se refería, oportunidad en la que aclaró que él no había penetrado a la menor.

Esta versión resultó contradictoria consigo misma, en cuanto no permitió conocer ciertamente el motivo de su arrepentimiento, pero permitió advertir al tribunal que el acusado no desconocía su participación genérica en el ilícito, reconocimiento que aisladamente no sirve para sustentar la acusación, pero que en congruencia con el resto de la prueba de cargo rendida sirve para desechar los supuestos de la llamada presunción de inocencia, desde que se ha alcanzado el estándar necesario para considerarlo autor del delito por el cual fue acusado.

DÉCIMO: El caso presentado por la defensa letrada de Miguel Ángel Lucero Carreño, consistió en que el Ministerio Público no podría acreditar los presupuestos fácticos que apoyaban su acusación, que las lesiones de la menor se debieron no al acceso carnal del acusado sino a otra causa, que la menor no es creíble respecto de la narración de los hechos que lo inculpan y que todas las otras pruebas se derivan de lo que ella misma dijo, sosteniendo que en todo caso le benefician al acusado las circunstancias atenuantes de su Irreprochable conducta anterior, la del N° 8 del artículo 11, habiéndose acreditado esta última con el mérito de lo declarado por 4 testigos, conforme a los que quedó establecido que el acusado se presentó voluntariamente ante investigaciones; aclaró que no se le intimó orden de detención sino que él mismo se entregó voluntariamente: salió de su casa cuando un automóvil de investigaciones lo esperaba, atravesó la calle, le abrieron la puerta del auto y él ingresó. Recién en el camino, como a las 3 de la tarde, se cruzaron los que llevaban la orden (escrita), entregándosela a quienes lo llevaban a él. Además señaló que tiene a su favor la minorante del N° 9 del artículo citado, relativa a haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de

los hechos. En cuanto a la agravante invocada por la Fiscalía de haber estado el acusado al cuidado de la menor, señaló no concurre porque el acusado no tenía el cuidado habitualmente de la menor, su tución, sino que la tenía su abuela, y fue responsabilidad de esta que la niña haya pasado la noche en la casa del acusado, porque ella le dio permiso. Respecto del delito, no se refirió a él, pero señaló que aún el perito médico legista señaló que las lesiones “podrían” deberse a una acción peneana, esto es, no fue categórico. Pidió en consecuencia se reconocieran dos atenuantes y ninguna agravante, con lo que debería rebajarse la pena hasta dos grados, fijando la pena en presidio menor en su grado máximo, de 3 años y un día a cinco años.

UNDÉCIMO: La prueba de descargo presentada por la defensa se limitó –tal como lo indicó en su alegato de apertura– a acreditar la concurrencia de las atenuantes invocadas, en especial la circunstancia de la entrega voluntaria de su parte a la policía. Consistió en primer lugar en el testimonio de Sergio Alejandro Narváez Zapata, quien señaló conocer de vista al acusado y que vio un día de enero como a las once de la mañana cuando se detuvo un vehículo, rojo le parece, y salen dos señores de investigaciones y una mujer, está el acusado en compañía de una señora de edad y lo detienen y suben al móvil, la señorita se bajó, le abrió la puerta de atrás y él se subió, y después se subió la señorita. En el asiento del copiloto se sentó la señora de edad. Agregó que no le mostraron ningún papel, que él se entregó y se subió solo, que en ese momento se encontraba a 40 o 50 metros y sólo vio lo que pasó, no escuchó nada.

A continuación se incorporó el testimonio de Juan Carlos Umazor Soto, mediante la lectura de su declaración prestada ante la fiscalía en la etapa de investigación. Allí señaló conocer a Miguel Ángel Lucero desde años, y que el día 25 o 26 de enero, conversaba con un amigo, Sergio Narváez, cuando antes del mediodía vio que llegó un vehículo al domicilio de la abuela de Lucero, saliendo de él su amigo acompañado de su madre y se subió al auto y se fueron.

También prestó declaración Yasna Amparo Maldonado Carreño, quien refirió que el imputado fue detenido cuando se entregó voluntariamente, luego que ella llamó a investigaciones al sub inspector Max Concha, a quien le dijo que su hermano estaba en

casa de su madre, y él quedó de enviar un móvil a buscarlo. Cuando llegó su mamá salió con él y se subieron al auto. Ella estaba en la puerta de la casa de su abuela. Cree que le dijeron los derechos, y no le mostraron ningún papel. Escuchó que la orden iba a estar a las 3 y media. En el camino se cambiaron de auto. Ella vio cuando ocurrió esto, refiriéndose a la detención, y se despidió de él. Su mamá le avisó que estaba en casa de su abuelo. El converso con su hermano y le dijo que quería entregarse voluntariamente y que para eso bajó del cerro, no sabe por qué se había ido para allá. La abuela de la niña le contó que la niña estaba hospitalizada porque su hermano la había violado, con lo que “quedó para adentro”. El día después que ocurrieron los hechos él le contó, así como que dejaría sus hijas encargadas y después se fue. Interrogada por el defensor agregó que la abuela, María Angélica, era quien estaba habitualmente a cargo de la menor.

Además, en lo pertinente cabe analizar lo expresado en la audiencia por los funcionarios policiales Claudia Castro Navarrete y Max Concha Muñoz, respecto de las circunstancias de la detención del acusado. Señaló la primera que el día 26 de Enero, en conocimiento de una orden verbal de detención del imputado que les comunicó la Fiscal, pasada la una y estando ella en la unidad y su colega Max Concha de guardia, se supo que el acusado estaba en un domicilio en calle Prat de Machalí, por un llamado que atendió Max Concha, por lo que ella acompañada de un asistente policial fueron al lugar y lo esperaron estacionados afuera y cuando lo vieron salir lo detuvieron. Venía acompañado de una señora, su mamá. Contraexaminada por la defensa, señaló que el imputado no se entregó sino que fue detenido, explicando que al momento de la detención ellos estaban en un auto frente a la casa donde estaba el acusado, que era el N° 890, y que en un momento salió la mamá de éste quien les indicó que él saldría, lo que hizo unos 10 minutos después, bajándose ellos del auto, y procediendo a detenerlo. Aclaró que existía una orden de detención verbal, no por escrito, pero que bastaba con una verbal, y que esa orden no les facultaba para ingresar al domicilio por lo que esperaron afuera. La señora Yasna, hermanastra de él, quien quería colaborar porque les dijo que también había sido víctima de un delito sexual por parte de él, les dijo que él estaba en ese domicilio (no les dijo que se entregaría), por lo que acudieron y esperaron afuera hasta detenerlo.

Por su parte Max Concha Muñoz, señaló que al acusado se lo ubicó gracias a un llamado telefónico de Yasna, hermana de él, quien queriendo colaborar a fin que se solucionara el problema manifestó que él estaría en el domicilio de su abuela, diciéndoles “que había bajado del cerro”. No participó en la detención, sí recibió el llamado. Luego enviaron un auto para detenerlo en virtud de una orden verbal dada en la mañana de ese día por la señora fiscal. El imputado no se había entregado ni lo intentó hacer en forma voluntaria.

De la prueba relatada se desprende que por un llamado telefónico de la hermana del imputado, Yasna, al cuartel policial, el día 26 de Enero, los funcionarios investigadores tomaron conocimiento que el acusado se encontraba nuevamente ubicable, luego de haber permanecido desaparecido por varios días después del delito y de la última vez que se lo vio, al día siguiente del hecho. De acuerdo a lo relatado por ellos ese mismo día se despachó una orden verbal de detención en su contra, por lo que al saber su paradero se envió un vehículo policial con la finalidad de detenerlo. De lo expuesto por los policías se desprende que Max Concha recibió el llamado de Yasna, quien le indicó que el imputado estaba en el domicilio de su abuela, el que precisó, pero no le dijo que se entregaría, como parece también desprenderse de lo expuesto por ella misma, información que ambos policías atribuyeron a su afán de colaborar en la detención del acusado, supuestamente motivada Yasna por un episodio anterior de abuso sexual por parte del imputado. En el móvil y luego en la detención participó la funcionaria Claudia Castro, quien refirió lo del llamado y que con la información proporcionada acudieron al domicilio, relatando que una mujer, al parecer la madre del acusado primero habló con ellos y luego a los 10 minutos salió de la casa el acusado, ante lo que ellos se bajaron del auto y lo detuvieron, insistiendo en que contaban con una orden verbal de detención comunicada esa misma mañana por la Fiscal. El hecho lo habrían presenciado los dos amigos que conversaban cerca del lugar, Sergio Narváez y Juan Carlos Umanzor, quienes de modo conteste refirieron que vieron el auto rojo fuera del domicilio desde el que salió el acusado, el que se subió al móvil, lo que advirtieron como que él se entregó, no apreciando el hecho como una detención, indicando el primero que no vio exhibirle ningún papel, aunque reconoció que

estaba a una distancia que no le permitió oír lo que ocurrió.

Este episodio de la detención, en los términos planteados, parece corresponder a una detención propiamente tal y no a una entrega voluntaria, ya que se indicó por el personal policial, dando debida razón de sus dichos, que se contaba con la correspondiente orden de detención del acusado, verbal pero en todo caso válida, no existiendo antecedentes relativos a una eventual declaración de ilegalidad de tal detención, ni siquiera de haberse planteado discusión al respecto, por lo que se descartará la hipótesis planteada por el defensor en su persistente interrogatorio de los testigos policiales relativo a la validez o suficiencia de tal orden. La versión de los testigos de la defensa Narváez y Umanzor, por su parte, no pareció digna de crédito, por la carencia de precisión en sus observaciones, porque sólo vieron y no escucharon lo que pasó, teniendo especialmente en consideración que se invocaba una orden de detención verbal, y que en todo caso su versión no resulta incompatible con la de una detención sin resistencia del detenido, máxime cuando no fue el propio acusado el que se comunicó con la policía para manifestar su intención de entregarse, pudiendo haberlo hecho; por el contrario, su prolongada ausencia hacía verosímil que se mantuviera en una actitud de rehuir a la policía, a sabiendas que su actuar ilícito podía implicar su detención, conclusión que no se desmerece por el testimonio de su hermana Yasna, quien atendida la cercanía sentimental y familiar existente con el acusado se estima altamente influenciada para ayudarlo, por lo que no se le da crédito en cuanto señaló que él se entregó. Así las cosas, no se advierte en qué medida podría sostenerse que el acusado se haga merecedor del reconocimiento de la atenuante del artículo 11 N° 8 del Código Penal, ya que no se ha acreditado que éste se haya denunciado y confesado el delito, sino muy por el contrario, aún con la eventual entrega voluntaria en el episodio narrado no se habría configurado la minorante aludida ya que quedó demostrado que el acusado no se denunció a la policía sino que la denuncia se formuló por la abuela de la menor en forma coetánea al descubrimiento del hecho por los profesionales médicos que atendieron a la niña, permaneciendo el imputado “desaparecido” por varios días; y porque el imputado jamás confesó su participación en el ilícito, sino precisamente se negó a hacerlo en

el juicio, haciendo sólo una manifestación vaga e incoherente al final del mismo, como se dirá.

Por las mismas razones, y dado que la falta de una versión clara y detallada de su parte no sólo no facilitó la investigación sino que la dificultó, considerando también que en la audiencia alegó que su declaración había sido cambiada, no estima acreditada la atenuante del N°9 del referido artículo 11 del Código Penal, toda vez que el acusado en ningún caso colaboró sustancialmente con el esclarecimiento de los hechos.

Respecto de los dichos del acusado Miguel Ángel Lucero Carreño, este durante el juicio hizo uso de su derecho a guardar silencio, y sólo prestó declaración en la audiencia en la oportunidad prevista para sus palabras finales, indicando que pedía perdón a los que les causó daño, que se entregó voluntariamente, que prestó declaración pero le cambiaron lo que dijo, que sabe que cometió un error, pero también es ser humano y tiene derecho a equivocarse; que siente mucho dolor por lo que le hizo a su sobrina, pero afirma que nunca la penetró; que es falso de lo que lo acusan, y que estuvo siempre con sus hijas menores y nunca les hizo nada, lo que demuestra que él no es como quieren mostrarlo. Terminó pidiendo se le impusiera una pena baja.

Estos dichos del acusado Miguel Ángel Lucero Carreño permiten apreciar –en el contexto del juicio y teniendo presente la oportunidad en que fueron vertidos, excluyéndose de la posibilidad de un examen directo y un contraexamen y habiéndose rendido a esa altura y en su presencia toda la prueba– que quiso ocultar y disminuir su responsabilidad en lo ocurrido, puesto que, si bien no discutió haber estado en el lugar y oportunidad en que ocurrieron los hechos, los quiso atenuar con ese reconocimiento limitado de su participación, al sostener que está arrepentido del daño que le hizo a la menor pero que no la penetró.

El Tribunal estimó acreditado, con los antecedentes de cargo y lo revelado por el médico legista Dr. Yáñez en la audiencia, que efectivamente hubo tal penetración y que a consecuencia de ella la menor G.C.C.A. resultó desflorada y con las diversas lesiones descritas, consumándose en esas circunstancias la violación, resultando claramente acreditado también, más allá de toda duda razonable, la participación de autor del acusado.

Con lo anterior, la defensa no ha logrado introducir una duda razonable en el tribunal que imposibilite la condena, ni acreditó la concurrencia de las atenuantes alegadas del N° 8 y 9 del artículo 11 del Código Penal.

DUODÉCIMO: Que favorece al acusado la atenuante de irreprochable conducta anterior contemplada en el artículo 11 número 6° del Código Penal, lo que no fue controvertido por el Ministerio Público y que se estimó además acreditado mediante la propia documental acompañada por la parte acusadora consistente en el extracto de filiación y antecedentes del acusado, según el cual éste no presenta anotaciones prontuariales anteriores a esta causa.

En cambio, perjudica al acusado la calificante especial de responsabilidad contemplada en el artículo 368 del Código Penal en cuanto a que el autor del delito tenía con la ofendida una relación de “encargado de su cuidado”, rechazándose la alegación de la defensa en orden a que dicha norma hace alusión, en lo pertinente, a la calidad de guardadora o tutota legal respecto de la menor ofendida, estatus que no tenía el acusado y que –sin perjuicio de no discutirse– resultó acreditado lo tenía la abuela paterna de la niña, María Angélica Soto, tanto por los dichos de ella misma, como por los de la ofendida, la testigo Olaya Osses y Yasna Maldonado.

Se tuvo en consideración para rechazar la petición de la defensa, el hecho de estar suficientemente acreditado, sin perjuicio también de no haber sido objeto de controversia, el hecho de que la noche en que se cometió el delito el acusado era el único adulto que se encontraba con la menor y sus hijas menores, primas de la ofendida, en el domicilio de calle Campo Lindo N°68 C, El Guindal, comuna de Machalí, estando todas ellas y por cierto la ofendida bajo su exclusivo cuidado, resultando en concepto de estos sentenciadores y de acuerdo a los precedentes jurisprudenciales de este mismo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, indiferente que el cuidado ejercido por el hechor respecto de la víctima sea un cuidado legalmente confiado o no, permanente o transitorio, sino más bien debiendo considerarse las circunstancias del caso y que se trate de una relación que implique un cuidado efectivo y una dependencia exclusiva, en ese momento, como ocurrió en este hecho, supuesto que obliga a ponderarlo como una circunstancia agravante, toda vez que además del atentado sexual cometido, el acusado

quebrantó la confianza, el respeto y la ascendencia que en esa calidad le correspondía entregar a quien tenía provisoriamente pero con su plena aceptación bajo protección.

No existen otras circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal que considerar.

DÉCIMO TERCERO: El delito que ha resultado acreditado, y que es el mismo por el cual se formuló acusación, es el de violación del artículo 362 del Código Penal, según se señaló, el cual tiene contemplada una pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Atendido a que le perjudica la calificante especial del artículo 368 del Código Penal, corresponde que no se aplique el grado mínimo de los indicados como pena para el delito, radicando la pena corporal de este modo en el presidio mayor en su grado medio a máximo. A su turno, concurriendo una atenuante sin otras agravantes, el Tribunal, en cumplimiento de la facultad indicada en el inciso segundo del artículo 68 del Código Penal, no aplicará la pena legal en su grado máximo.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 11 números 6°, 8° y 9°, 14, 15, 24, 25, 28, 50, 68, 362, 368, 370 bis y 372 del Código Penal; 295, 297, 325 y siguientes 340, 341, 342, 348 y 468 del Código Procesal Penal, se declara:

- I. Que se condena a Miguel Ángel Lucero Carreño, ya individualizado, como autor del delito de violación de la menor G.C.C.A., cometido en el domicilio ubicado en calle Campo Lindo N°68 C, El Guindal, comuna de Machalí, en horas de la noche del día 20 de Enero de 2005, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio.
- II. Se condena al acusado 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.
- III. Se condena al acusado al pago de las costas de la causa.
- IV. Que Miguel Ángel Lucero Carreño queda además condenado a las penas de interdicción del derecho de ejercer la guarda de la menor ofendida y deberá quedar sujeto a la vigilancia de la autoridad, en la forma que regulará el juez de garantía correspondiente, por el mismo tiempo que comprende su pena privativa.

Atendida la pena impuesta no resulta procedente la aplicación de alguna de las medidas alternativas que contempla la ley 18.216.

La pena privativa de libertad se empezará a contar desde el 26 de Enero de 2.005, fecha desde la cual el sentenciado ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad en esta causa, como aparece del auto de apertura.

En su oportunidad, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 113, inciso segundo, del Código Orgánico de Tribunales y en el artículo 468 del Código Procesal Penal y remítase fotocopia de esta sentencia, con certificado de encontrarse ejecutoriada, al Juzgado de Garantía de esta ciudad.

Regístrese.

Redactada por el juez Rodrigo Gómez Marambio.

Rol: 160-2005.

Dictada por los jueces del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Rancagua Alejandra Besoain Leigh, Roberto Cociña Gallardo y Rodrigo Gómez Marambio, este último en calidad de subrogante legal.

- **Recuerda que no es el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal el llamado a determinar o exigir determinada prueba, pues su rol lo obliga a aceptar lo que se le ofrece o rinde.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó a los imputados como autores del delito de lesiones graves. La Defensa solicitó la absolución por no haberse acreditado suficientemente la participación, además de acusar que la investigación adoleció de importantes deficiencias. El Tribunal, si bien estimó acreditada la ocurrencia del delito, sólo tuvo por probada la participación de uno de los acusados, absolviendo al otro. Haciéndose cargo de las alegaciones en cuanto a la pobreza de la prueba rendida por parte de la Fiscalía, recordó que si bien el peso de la prueba recae sobre el acusador, quien debe desvirtuar la presunción de inocencia, una vez acreditado un hecho por éste, a través de cualquier medio, le compete a la Defensa, presentar algún antecedente que la desvirtúe o, al menos, provoque una duda razonable en los sentenciadores. Y si la Defensa estimó que hubo importantes falencias durante la investigación, ella debió instar por completarla. Lo mismo respecto de la prueba rendida durante el juicio, en que si la declaración de algunos testigos, a los que el Ministerio Público renunció, era tan importante, debió presentarlos también como sus testigos de descargo. Aclaró, además, que si bien era posible advertir cierta liviandad en la investigación realizada, ello no resulta ser un óbice para tener por acreditada la participación. Ello, porque ante una posible ausencia de prueba, no le corresponde al Tribunal determinar o exigir la rendición de determinada probanzas a interviniente alguno, porque este tercero imparcial debe aceptar, resignadamente, la que se le ofrece y rinde, y en base a ella decidir.

Texto completo:

En Coyhaique, a diez de diciembre del año dos mil cinco.

VISTO, OIDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha primero de diciembre del año dos mil cinco, ante la Sala Única del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, integrada por el Juez Presidente don Sergio Gustavo Vásquez Parra, el Magistrado titular, don Pedro Alejandro Castro Espinoza y el Juez Subrogante don Rudy Hald Ramírez, se inició la audiencia de Juicio Oral relativa a la causa rol único número 0300085795-4, rol interno del Tribunal número 34-A-2004, seguida en contra de **LUIS ALBERTO BAHAMONDE MILLALONCO**, cédula nacional de identidad número 16.975.604-k, chileno, domiciliado en calle Errázuriz número 3232 de Coyhaique, obrero, de veintitrés años, natural de Coyhaique, soltero, y en contra de **JUAN PEDRO BAHAMONDE MILLALONCO**, cédula nacional de identidad número 16.975.584-1, apodado "el taquilla", chileno, del mismo domicilio que el anterior, obrero, de veintisiete

años, oriundo de Coyhaique, soltero, ambos con anotaciones penales pretéritas, según se explicará con los documentos respectivos.

Fue parte acusadora el Ministerio Público, domiciliado en Coyhaique, calle Moraleda número 448, representado por los Fiscales Adjuntos, don Alex Oliveros Núñez y don Miguel Riquelme Cortés. La defensa de los encausados estuvo a cargo del Defensor Penal Público don Fernando Abelino Acuña Gutiérrez y del Abogado don Enrique Velásquez Trujillo, quienes actuaron conjuntamente, domiciliados en Coyhaique, calle Freire número 274.

ACUSACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

SEGUNDO: Que, los hechos materia de la acusación según auto de apertura del Juicio Oral, del dieciocho de diciembre del año dos mil cuatro, del Juzgado de Garantía de Coyhaique, complementado por resolución del once del mismo mes y año, ocurrieron "el día 5 de junio del año 2003, a las 07:10 horas aproximadamente, los imputados Luis Alberto Bahamonde Millalongo y Juan Pedro Bahamonde Millalongo, en compañía de otros sujetos, aparentemente dos, en

calle Errázuriz a la altura del número 3232 de esta ciudad, sostuvieron una discusión con don Luis Marcedonio Quinillao Muñoz, a quien posteriormente agredieron con golpes de pies y puños, y además, el imputado Juan Pedro Bahamonde Millalonco, con un cuchillo de una hoja de 18,5 cm. de largo y 3,5 cm. de ancho, cuya hoja penetró en el lado externo del ojo izquierdo de la víctima, quebrándose del mango, quedando la hoja incrustada en la infralateral izquierda.

Producto de la agresión, la víctima resultó con lesión transversal de escápula, sobre el omóplato izquierdo, además con fractura de la base del cráneo y tec abierto, todas de carácter grave.” (Sic).

Los hechos descritos, configuran, en concepto del Ministerio Público, el delito de lesiones graves, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 397, número 2, del Código Penal.

Atribuye a los acusados participación en calidad de autores ejecutores directos, de los artículos 14 número 1 y 15 número 1, del Código Punitivo.

Hace presente el acusador que no favorecen a los acusados atenuantes de responsabilidad, ni les afectan agravantes.

Atendidas las disposiciones legales que cita, artículos 27, 50, 67 y 69, del Código Penal y 45, y siguientes del Código Procesal Penal, solicita para cada uno de los acusados, la pena de tres años de presidio menor en su grado mínimo, y condenarlos en los términos del artículo 410 número 3 del Código Penal, en cuanto a pagar la curación del ofendido, con más las accesorias de ley, con costas.

Acusación que el Ministerio Público sostiene en su alegato de **apertura** agregando que por un error se consignó en la acusación que los hechos habrían ocurrido en calle Errázuriz, frente al número 3232, pero que en realidad acaecieron en calle Simpson frente al número 1634, domicilio de la víctima, a quien le causaron lesiones que afectaron gravemente su integridad y el entorno familiar. Hace análisis de la prueba que rendirá para acreditar los hechos.

En su **clausura** argumentó en similares términos haciendo, ahora, análisis de la prueba rendida, con la que, a su juicio, se acreditan los hechos de la acusación y se satisfacen los requisitos del tipo, por lo que reitera petición de condena, en la parte más alta del grado.

Replicando los dichos de la Defensa manifestó que, si hubo ocultamiento de información, ¿Por

qué no se hizo la denuncia? ¿Por qué no solicitó rendir prueba sobre prueba? Hizo presente que la Defensa no alegó inocencia sino falta de prueba, no existe duda razonable, eventualmente algunos cabos sueltos. Hay prueba de que los acusados estuvieron en el lugar y que Juan Pedro Bahamonde Millalonco, es el autor de la puñalada en el rostro de la víctima.

DEFENSA.

TERCERO: Que la defensa del acusado sostuvo en su alegato de **apertura** que el juicio versará sobre la interrogante de ¿quién pagará la cuenta de una investigación mal hecha? Se arribará a una seria convicción de que la investigación adolece de enormes deficiencias que parten con imputaciones erróneas. La acusación confunde el domicilio de los acusados con el lugar de ocurrencia de los hechos, ello, de partida, da cuenta de un problema de congruencia.

No hay evidencia material, la que se presentará está mal levantada y con serios problemas. Los Policías dirán que los dos testigos estrellas, la víctima y su esposa, imputaron los hechos a otras dos personas distintas, las que están identificadas pero que no declararán.

Con la prueba que se presentará no será posible acreditar la participación de los acusados en los hechos que se les imputan. No podrá determinarse la causa de las lesiones que sufrió la víctima.

En consecuencia, termina solicitando para los dos acusados la absolución por falta de participación.

En su **clausura**, se preguntó ¿Quién se hará cargo de los errores, omisiones y ocultamiento de diligencias? ¿Quién va a pagar la cuenta por qué no vino Ana Salazar, por qué no se aprehendió a Nelson Matías y por la ausencia del propietario del restaurante “El Tucán”? Estos testigos ni siquiera fueron citados. ¿Por qué no se perició el jockey? ¿Dónde están las fotografías del reconocimiento? Se ocultaron. ¿Por qué se renunció a la prueba de las especies incautadas? El Policía se olvidó de todo, el mismo que hizo la incautación, olvidándose, además, de lo que le preguntó a los testigos que entrevistó.

Faltaron muchas piezas. No hay pruebas. Nadie vio a Juan Pedro Bahamonde con un cuchillo o portándolo o apuñalar a la víctima. Dos lesiones se acreditaron y no se sabe quién las causó.

Luis Bahamonde no estuvo en el lugar de los hechos y se le reconoció por una foto que no se tiene.

La investigación fue liviana y feble. La acusación también, cambió el lugar de los hechos, lo que podría aceptarse como un error, pero, ¿Por qué no declararon todos los Policías que hicieron la investigación? ¿Por qué no se citó al resto de las personas?

Hay una acusación que carece de pruebas.

Juan Bahamonde tiene una lesión al pie, ni siquiera puede correr.

Hay prueba contradictoria. La declaración de Luis Salazar no puede dividirse, o le creemos o no. No estuvo amenazado y frente a la posibilidad de retractarse de sus dichos no la utilizó.

¿Quién le dará explicaciones a Luis Quiniyao? Hubo incompetencia, ineptitud, error tras error, insuficiencias. ¿Dónde están las cosas que faltan? ¿Por qué no se interrogó a los testigos? Es el Ministerio Público quién debe dar explicaciones.

Termina solicitando la absolución de sus representados.

En la **réplica** hace presente que será la Defensoría Penal Pública Regional la que se hará cargo de las vías a seguir por la actuación del Fiscal Nain Lamas.

La persona que Sonia Peroti vio de cuerpo entero era de tez blanca, por lo tanto, no puede corresponder a la persona de Juan Bahamonde y no existe certeza de que anduviera en el lugar Luis Bahamonde. ¿Quién vestía de amarillo?

Concluye diciendo que las lesiones no son discutidas por la Defensa.

CONVENCIONES PROBATORIAS.

CUARTO: Que los intervinientes, en el presente juicio, no convinieron en dar por acreditados hechos, de acuerdo a lo que dispone el artículo 275 del Código Procesal Penal, según el mérito del fundamento Sexto del Auto de Apertura.

DECLARACIÓN DE LOS ACUSADOS.

QUINTO: Que, los acusados, hicieron uso del derecho a guardar silencio y no utilizaron las oportunidades que le brindan los artículos 326 y 338 del Código Procesal Penal para declarar.

PRUEBAS DEL MINISTERIO PÚBLICO.

SEXTO: Que, el Ministerio Público, con la finalidad de acreditar su acusación produjo la siguiente prueba:

I.- Testimonial:

Testigos que fueron advertidos de sus derechos y obligaciones, prestaron juramento o promesa de decir verdad, y se encuentran debidamente individualizados, según consta en registro de la audiencia del Juicio Oral.

- a) **Sonia del Carmen Peroti Navarro**, 49 años, transportista;
- b) **Felisberto Jara Henríquez**, 63 años, colectivo;
- c) **Lorena Ester Araya Norambuena**, 31 años, empleada particular;
- d) **Luis Alberto Salazar Salazar**, 23 años, jornalero;
- e) **Luis Marcedonio Quiniyao Muñoz**, 51 años, licenciado en Trabajo Social;
- f) **Iván Alberto Laregla Burdiles**, 33 años, Inspector de la Policía de Investigaciones;
- g) **Jaime Rigo Lagenbach Velásquez**, 46 años, Sargento Primero de Carabineros; y,
- h) **José Tomás Pino Díaz**, 43 años, Sargento Segundo de Carabineros.

II.- Pericial:

Peritos que fueron advertidos de sus derechos y obligaciones, prestaron juramento o promesa de decir verdad y se encuentran debidamente individualizados, según consta en registro de la audiencia del Juicio Oral, habiendo acompañado el informe a que se alude en el artículo 315 del Código Procesal Penal y, además, los comprobantes que acreditan la idoneidad profesional de los mismos.

a) **Flavia Alejandra Chamorro Paz**, médico cirujano, legista del servicio médico legal de Coyhaique, quien manifestó que el 29 de marzo del año 2004 examinó a Luis Quiniyao Muñoz, teniendo como antecedentes de su pericia, dos exámenes previos del doctor Juan Pablo Ojeda, no acompañando el paciente radiografía de escápula y hombro y scanner de cavidades perinasales y base de cráneo. Al examen comprobó una fractura transversal de escápula izquierda con limitación en la movilidad del brazo izquierdo a la elevación y prono supinación, esto es la imposibilidad de voltear la palma de la

mano; cicatriz cutánea de región cigomática, de izquierda a derecha de alrededor de 12 centímetros de longitud; parestesias faciales izquierdas y de hemilabio superior izquierdo (adormecimiento u hormigueo, explica), en distribución de la rama cigomática del facial. Rinorrea vasomotora nasal izquierdo, lo que le obligaba a sonarse constantemente. Finalmente observó lesiones en área psicológica que no habían sido evaluadas por una Psiquiatra. Estas lesiones las tipificó como de carácter grave y no estaban recuperadas a la fecha del examen y las del área psicológica no habían sido evaluadas por la psiquiatra. Sugirió al señor Fiscal solicitar informe psicológico, del profesional que atendió al paciente y derivarlo para evaluación por la Doctora Fernández, además, acompañar radiografía de escápula y hombro y scanner de cavidades perinasales y de base de cráneo.

Al interrogatorio de la Fiscalía explicó que determinó la gravedad de las lesiones por dos motivos: el primero, por la fecha en que se causaron las lesiones y la fecha del examen de término de lesiones, casi nueve meses transcurridos y a la fecha del examen el paciente presentaba anormalidad en su cuerpo, no podía subir el brazo izquierdo y pronó supinación, además, por las lesiones psicológicas.

Al contra interrogatorio de la Defensa, contestó que para su examen no tuvo a la vista radiografías ni scanner, pese a haberlos solicitados. Que pidió evaluación psiquiátrica por la doctora Fernández e ignoraba si la hicieron o se la pidieron al paciente.

b) Rodrigo Alexis Pantoja Milla, planimétrico; quien explicó que el levantamiento planimétrico, que se acompañó en el respectivo informe por la Fiscalía, lo hizo a petición de la señorita Fiscal, Orieta Galdames y en base a los antecedentes que le entregó Jaime Lagenbach, información con la que determinó los puntos de referencia.

A la contra interrogación de la Defensa, explicó que no subió al segundo piso de la casa habitación porque no le pidieron que fijara la visual que había desde el segundo piso. Que no recordaba la fecha en que ocurrieron los hechos y que el oficio que le pedía la pericia lo fue de fecha 2 de agosto y fue al sitio del suceso el día 12, demorándose, 10 días. No supo si hubo modificaciones en el sector y que el Sargento Lagenbach no dio ubicación de personas. Finalmente, contestó que cuando fue al sitio

del suceso estaba de día y no había luminarias prendidas, que un poste que se indica en el plano corresponde a los de alumbrado público y que ignora si estaba o no en funcionamiento.

Que el plano lo elaboró el día 12 de agosto del año 2004.

Cabe dejar constancia que la pericia precedente tenía por objeto un levantamiento planimétrico del sitio del suceso, plano que no fue exhibido en audiencia y, menos, explicitado por el perito.

c) Juan Pablo Ojeda Zúñiga, médico cirujano, con especialidad en otorrinolaringología; el que al explicitar sus informes manifestó que el día 2 de julio del año 2003, examinó a Luis Quiniyao Muñoz, el que al examen físico presentaba una fractura transversal de escápula izquierdo, no consolidado; cicatriz en región cigomática posterior de 12 más o menos 12 centímetros de longitud. Herida corto punzante, penetrante desde fosa infratemporal izquierdo, con sección parcial de arco cigomático izquierdo, ala mayor del esfenoides izquierdo, vomer, seno maxilar izquierdo, tabique nasal y seno maxilar derecho. Sección de arteria temporal superficial izquierdo y rama cigomática de nervio facial izquierdo que fueron reparadas quirúrgicamente; fractura de base de cráneo. TEC abierto; y sección de arteria maxilar izquierda, reparada quirúrgicamente. Concluye que se trata de lesiones de carácter grave, recuperables en más de treinta días, producto de agresión de terceros con elemento corto punzante –cuchillo– y contuso. Las lesiones vasculares descritas, sección de arteria temporal superficial y maxilar izquierda, de no intervenir oportunamente implicaban riesgo vital.

Con fecha 1° de octubre del año 2003, nuevamente examina al mismo paciente y encuentra al examen físico que presentaba fractura de escápula izquierda con limitación de la movilidad del brazo izquierdo a la elevación y pronó supinación; cicatriz cutánea de región cigomática de más o menos 12 centímetros de longitud; TEC abierto recuperado; sección de arterio maxilar izquierda, recuperada; y, parestesias faciales izquierdas y de hemilabio superior izquierdo en distribución de la rama cigomática del facial. Rinorrea vasomotora nasal izquierdo. Concluyendo que tales lesiones son de carácter grave, no recuperadas hasta la fecha de este examen, sugiriendo realizar radiografía de escápula y hombro y scanner de cavidades perineales y base de cráneo

para evaluar recuperación y secuelas.

Al interrogatorio del Fiscal respondió que la lesión de la escápula requiere de una alta energía para su producción y siempre es grave porque la cicatrización es superior a un mes, sin perjuicio de las secuelas que puedan presentarse. Se trataba de una fractura transversa, esto es, a lo largo del hueso.

Aclaró que le tocó atender al paciente en Urgencia y extraer la hoja, lo que demandó una alta energía porque el cuchillo estaba enterrado completamente en el macizo facial, muy incrustado en el hueso. El hueso del pómulo estaba seccionado parcialmente.

La sección neural también se clasifica de grave, tarda varios meses en recuperarse, no antes de treinta días.

Lo más grave fue la lesión en la base del cráneo y la sección de la arteria maxilar. Al sacar la hoja hubo un sangrado de un litro aproximadamente, se trató de una operación muy complicada, que requirió de cirugía microscópica.

Las lesiones también son graves por las secuelas. Al tercer mes que lo vio se recuperaba bastante bien.

La hoja entró por el lado izquierdo, chocó con la pared del cráneo, se dobló y atravesó el otro pómulo, entró de izquierda a derecha, y de arriba hacia abajo. Alcanzó a romper parte del hueso del otro pómulo. La cabeza debió estar apoyada, así la energía puede atravesar todo lo que atravesó. Es muy difícil clavar un clavo en una tabla que no está apoyada. La hoja del cuchillo se quebró cuando estaba en la cara. Fue muy difícil extraerla.

La movilidad facial no estaba recuperada totalmente y tampoco la sensibilidad. La movilidad del brazo izquierdo estaba limitada.

El elemento causante de la lesión de la escápula es casi imposible determinarlo, pudo causar la un golpe con un fierro, palo, o con el borde de la solera a raíz de una caída.

Al ingreso del paciente a Urgencia, en la evaluación inicial, estaba poli contuso, los hematomas y otras lesiones menos graves habían desaparecido a la fecha del primer informe.

Contra interrogado por la Defensa, respondió que el scanner y la radiografía se requerían para evaluar posibles complicaciones de las lesiones.

El paciente los realizó y el perito, como su médico tratante, lo evaluó. Agrega que al momento de la operación hizo una radioscopia, por la que se ve la imagen a través de una pantalla y de ello no queda placa. De la operación se tomaron fotos por un cirujano pero no sabe qué pasó con ellas, al parecer su colega tuvo un problema con el computador y se le borraron. Se habían tomado por lo interesante del caso.

A la fecha en que realizó la pericia sólo existían las lesiones que mencionó en el informe. El paciente tenía un hematoma y erosión en el lado derecho de la cara, que representa el correlato de la intrusión de la hoja en el otro extremo. Había un hematoma por apoyo y la física necesaria de una hoja que atravesó seis huesos de la cara. No puede decir si el apoyo lo fue en el suelo, pared u otra.

Respecto de la lesión de la escápula, habían desaparecido las lesiones cutáneas que pudieran haber dado indicios del objeto que las causó.

La evolución del paciente a sus lesiones de nervios y arteria fue muy buena, circunstancia que no es la habitual.

Finalmente expresó que le informó al Fiscal que él era, además, el médico tratante del paciente.

d) Eugenia Alejandra Aguirre Morales, bioquímica; quien expresó que realizó análisis de ADN a muestra y evidencias que le hicieron llegar pudiendo determinar que la sangre alojada en la hoja del cuchillo, de la empuñadura del cuchillo y muestra de sangre de Marcedonio Quiniyao provienen de la misma fuente, con un porcentaje de identidad de un 99,99999999% de certeza. En tanto que las muestras de sangre que extrajo de un tubo metálico no produjeron amplificación, cuyas eventuales causas explicó, y que no determinó si dicha sangre correspondía a sangre humana o no.

e) Raúl Alejandro Jara Pino, Sargento Primero de Carabineros. Quien relató que en julio del año 2003 realizó diligencias periciales realizadas sobre las evidencias remitidas, con fines criminalísticos teniendo a la vista una empuñadura de madera de cuchillo, color café oscuro de 12,5 centímetros de largo por 3 centímetros de ancho máximo, con un diseño de curvas en uno de sus bordes y la zona opuesta se presenta recto, con una abertura que nace en un extremo, abarcando ambos lados de la empuñadura, sin alcanzar el extremo contrario, ubicándose en esta cavidad un trozo de metal de 10

centímetros de largo y de 1,5 milímetros de espesor, fijado a la empuñadura a través de tres remaches de color amarillo, observándose la superficie del borde del trozo de metal expuesto a la vista de forma irregular, la que se podría atribuir a fractura del material en esa zona, acompañando, al efecto, cinco fotografías de dicho elemento. Sobre la superficie encontró restos de tierra y una mancha de color café rojizo de aspecto sanguinolento, en la superficie de la cara izquierda, de dos milímetros de diámetro.

Examinó, también, un tubo metálico de color negro de 1,78 metros de largo, acompañando fotografía del mismo.

Y finalmente, una hoja de metal de 19 centímetros de largo, cuya fijación, incorpora también a su informe. Respecto de estas evidencias manifiesta que el 8 de julio del año 2003, se retiraron de Fiscalía dichas especies, con la pertinente cadena de custodia

III.- Prueba Documental.

Antecedentes que fueron leídos y exhibidos en el debate e incorporados de conformidad a lo dispuesto en el artículo 333 del Código Procesal Penal.

a) Extracto de Filiación y Antecedentes Penales de Luis Alberto Bahamonde Millalonco, que indica que este acusado en el rol 99.174/2001, del Juzgado de Policía Local de Coyhaique, fue condenado el 28 de enero del año 2002 a una multa de 3 Unidades Tributarias Mensuales, pena que se dio por cumplida, e impuesta por la falta de lesiones leves.

Asimismo, se acompañó **Extracto de Filiación y Antecedentes Penales del acusado Juan Pedro Bahamonde Millalonco**, según el cual, en el rol 12.641, del 2º juzgado del Crimen de Coyhaique, el 16 de diciembre del año 1988 el acusado fue condenado a dos penas de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, remitidas, por el delito de lesiones y hurto. Por su parte, en la causa rol número 14.811, del Primer Juzgado del Crimen de Coyhaique, el 2 de agosto del año 1999, fue condenado a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público.

b) Memorando número 002, del 9 de junio del año 2004, del Dr. Jacob Riffo R., dirigido al Dr. Juan José Chaparro P., Director del Hospital de Coyhaique, relativo a evaluación de don Luis Quinayao

Muñoz, que en lo pertinente, indica que: “el 7 de junio del año 2003 es evaluado neurológicamente, en el que se constata un examen neurológico en límites normales, con impotencia funcional de la extremidad superior izquierda por la fractura escapular de ese lado y ligera paresia frontal izquierda por edema facial en la zona de la lesión. Paciente dado de alta el 12 de junio del año 2003, del hospital. El 18 de mayo del año 2004 es evaluado neurológicamente y al examen el paciente está vigil, adecuado y orientado en tiempo y espacio, lenguaje normal, fuerza conservadas. Con ligera hipoestesia facial superior izquierda que impresiona secuelear. Resto del examen en límites normales. Solicitó en esa ocasión, control por oftalmología para examen de fondo de ojo.” Firma ilegible. Dr. Jacob Riffo R. Neurólogo.

IV.- Material del artículo 333 del Código Procesal Penal.

Antecedentes probatorios que se incorporaron con sus respectivas cadenas de custodia no violadas y sin reproches de los intervinientes.

- a) Una empuñadura de un cuchillo**, de madera;
- b) Una hoja metálica, de cuchillo**; y,
- c) Un tubo metálico.**

Las descripciones y medidas de estas especies, que el Tribunal pudo apreciar, coinciden absolutamente con las descripciones que de ellas hace el perito Raúl Alejandro Jara Pino, con la sola excepción del ancho máximo de la hoja de metal, que el tribunal estableció en tres coma nueve centímetros, y que ya fueron transcritas a propósito de su pericia.

V.- Medios de Prueba del artículo 323 del Código Procesal Penal.

a) Un set de cuatro fotografías, la número 1), en la que se aprecia el frente a la casa habitación y local comercial de la víctima, ubicada en la calle Simpson número 1634; la 2), manchas de lo que parece sangre, sobre el suelo de ripio, frente al costado izquierdo del portón de entrada de vehículos; la 3) y 4), levantamiento de la empuñadura de un cuchillo, y su ubicación sobre una mancha que impresiona como sangre.

PRUEBA DE LA DEFENSA.

SÉPTIMO: Que la defensa del acusado no rindió ni ofreció prueba de ninguna naturaleza.

HECHOS.

OCTAVO: Que, apreciando las probanzas rendida por el Ministerio Público, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, y con cuyo mérito, el Tribunal estima se ha acreditado, fuera de toda duda razonable, y sin contradecir los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, que el día 5 de junio del año 2003, Luis Marcedonio Quiniyao Muñoz, a las 07:10 horas, aproximadamente, llegó a su domicilio y local comercial ubicado en Coyhaique, calle Simpson número 1634 y encuentra a un sujeto orinando, aparentemente Nelson Matías, con el que intercambia varias palabras, contestándole soezmente el sujeto, opta por ingresar por el portón que cierra el acceso de vehículos, lugar al que es seguido por Matías, y allegándose otros dos sujetos, uno desconocido y Luis Salazar. Intertanto, su cónyuge, que dormía en el segundo piso de la casa habitación, se levanta al ser despertada por la discusión y observa por la ventana, que abre, que hay un sujeto que se encontraba cerca de un poste de iluminación urbano al que le aprecia sólo el rostro, por impedirle mayor visión un alero y techo del primer piso, y al mismo tiempo distingue claramente, frente a ella y a pocos metros de distancia, a Juan Pedro Bahamonde Millalonco, a quien trata de calmar, esfuerzo vano que es rechazado por éste con groserías, el que se dirige hacia el lugar por donde se escuchaba a su marido, siente ruido de golpes de pies y decide llamar inmediatamente a Carabineros. Luis Quiniyao, en esos momentos, abría el portón de su residencia, es atacado por la espalda con golpes de pies y manos por aquellos tres sujetos, se voltea tratando de esquivar los golpes y alcanza a observar que Juan Bahamonde, que se sumaba a los demás, se le abalanza en actitud beligerante y portando algo en su mano derecha, decide tomar un fierro con el que aseguraba el portón para repeler el ataque, le fallan las fuerzas y deja caer dicho instrumento sobre uno de los agresores, Luis Salazar. Le quitan el fierro y le siguen golpeando. Durante la agresión, Juan Pedro Bahamonde Millalonco enterró la hoja de un cuchillo tipo cocinero, de diecinueve centímetros de longitud y de tres coma nueve centímetros en la parte más ancha, en el sector del macizo facial izquierdo, lo secciona y choca con la pared de la base del cráneo, se dobla y atraviesa el pómulo derecho casi en su totalidad.

Acto seguido, se retiran los agresores, cuatro sujetos, que son observados por su cónyuge, desde el segundo piso de su habitación, y por Lorena Araya que se encontraba en la esquina de la intersección de las calles Simpson y Victoria. A consecuencia de la agresión la víctima resulta poli contuso y con fractura transversal de escápula izquierda; con cicatriz en región cigomática posterior, de más o menos 12 centímetros de longitud. Herida corto punzante, penetrante, desde fosa infra temporal izquierda, con sección parcial de arco cigomático izquierdo, tabique nasal y seno maxilar derecho; sección de arteria temporal superficial izquierda y rama cigomática de nervio facial izquierdo; fractura de cráneo, TEC abierto; y, sección de arteria maxilar izquierda. Lesiones catalogadas de carácter grave a la fecha de la pericia, el día 2 de julio del año 2003, producto de agresión de terceros con elemento corto punzante –cuchillo– y contuso. Con riesgo vital, de no mediar oportuna intervención especializada, por la sección de arteria temporal superficial y maxilar izquierda. Recuperación que el mismo facultativo, Juan Ojeda, no aprecia al 1° de octubre del año 2003 y que tampoco aprecia la perito Flavia Chamorro, al 29 de marzo del año 2004. Vale decir, las lesiones tardaron más de treinta días en sanar.

Estos hechos se determinaron por el Tribunal, considerando la prueba rendida al efecto.

El carácter y naturaleza de las lesiones, a través de la declaración experta de dos médicos, y la documental de un tercer facultativo. El primero de ellos, Juan Pablo Ojeda Zúñiga, incluso, recibió en urgencia al paciente, de allí que declarara sobre la circunstancia de encontrarse la víctima poli contundido y de haber, personalmente, a través de una complicada intervención quirúrgica, extraído una hoja de cuchillo del rostro de la víctima, circunstancias que no explicitó en su informe puesto que fue de una data posterior, donde las contusiones se habían recuperado y la hoja del cuchillo ya había sido extraída del lugar donde fue alojada. Asimismo, hace segundo examen de término de lesiones. Un tercer examen practica la médico legista, doña Flavia Chamorro Paz, en la data señalada. Finalmente, el 7 de junio del año 2003 y el 18 de mayo del año 2004, la víctima es evaluada neurológicamente por el Neurólogo, don Jacob Riffo R., cuyas conclusiones fueran transcritas en la prueba documental ya citada.

La circunstancia de haber un cuarto participante, cuya identidad se desconoce, se acreditó por las declaraciones de la víctima, Luis Quiniyao Muñoz, que sindicó a cuatro atacantes, identificando en estrados a Juan Bahamonde, como a uno de sus agresores. La versión de Lorena Araya, distante a 40 ó 50 metros del lugar, que dijo había visto a cuatro sujetos. El colectivo Felisberto Jara, que apreció una pelea de “un grupito de 4 ó 5 personas, donde la mayoría le pegaba, de espaldas a la calle, a otro que, aunque hubiera estado de frente, no le habría sido posible identificar por la presencia de los demás que estaban de espaldas golpeando a la víctima”. La presencia, entre estos cuatro, de Nelson Matías, Juan Bahamonde y Luis Salazar, se desprende, además, de los dichos de este último, los que se reproducen en estrados por el Policía Iván Laregla Burdiles. Igualmente aporta a la presencia de estas personas, el día, hora y lugar, por el testimonio del Sargento Segundo de Carabineros José Pino, que reprodujo versiones de Sonia Peroti, la víctima, Filiberto Jara y Lorena Araya, en similares términos a los que declararon en estrados.

Se acompañó, como evidencia material y del artículo 323, del Código Procesal Penal, una hoja de cuchillo, un tubo de fierro y una empuñadura de madera de un cuchillo, con restos de hoja en su interior, como cuatro fotografías del sitio del suceso, respectivamente. La hoja del cuchillo extraída del interior de la cara de la víctima, operación practicada por el mismo perito Ojeda, y recuperada por el Sargento Segundo de Carabineros, José Pino. La empuñadura de madera recogida en el sitio del suceso, el mismo día de los hechos por el Sargento Lagenbach, como también el fierro que utilizó en su defensa. Tanto la hoja del cuchillo como la empuñadura se periciaron por el Sargento Primero de Carabineros Raúl Jara Pino, encontrándose plena coincidencia entre el metal de la empuñadura y el resto de hoja, correspondiendo a un cuchillo, del tipo cocinero, con una longitud de hoja de 19 centímetros, marca tramontina y filo sólo por un lado, levemente curvada. Todos los testigos están contestes en el sector de ocurrencia de la agresión, difiriendo levemente en las horas –sólo Salazar menciona 5 ó 6 de la mañana–. Lorena Araya, la víctima, Sonia Peroti, Felisberto Jara, y los Policías que reproducen sus dichos en la audiencia, explicitan con razón de sus dichos, que los hechos acaecieron alrededor de la 07:00 horas.

Estos hechos no se han desvirtuado en lo absoluto por la Defensa, toda vez que no rindió prueba alguna en ese sentido y sus alegaciones se centraron en torno a la presunta ilicitud de algunas diligencias investigativas, o irregularidades en la producción de ciertas pruebas, su insuficiencia o, sencillamente, la falta de ellas.

De manera que el Tribunal ha adquirido convicción acerca de la ocurrencia de los hechos en la forma en que los ha explicitado.

NOVENO: Que, los relatados hechos, configurados en mérito de la prueba explicitada, en lo pertinente, determinan el delito de lesiones graves, previsto y sancionado en el artículo 397 número 2, del Código Penal, toda vez que se dan a cabalidad los requisitos que el tipo exige. En el grado de consumado. En efecto, no se trata de lesiones consignadas en el numeral primero del artículo y cuerpo legal citados, ni de las mencionadas en el artículo 398, del mismo. A estos efectos, se hirió a una persona, estas heridas demoraron en sanar más de treinta días. Al dolo de herir y maltratar, elemento subjetivo común a todas las lesiones, se suma el elemento objetivo que contempla la ley, el resultado, las heridas causadas tardaron más de treinta días en sanar.

PARTICIPACIÓN.

DÉCIMO: Que, en cuanto a la participación que en estos hechos se atribuye a los acusados, las probanzas reseñadas, apreciadas de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, se desprende, sin contrariar los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, en la forma que se dirá, respecto de cada uno de los acusados.

1.- Respecto a Luis Alberto Bahamonde Millalonco.

Inculpa a este acusado, sólo la versión de la víctima que dice haberle identificado en forma posterior a los hechos, al verle en reiteradas ocasiones en lugares adonde se trasladaba por razones de trabajo. Durante la investigación, sin embargo, el Carabino José Pino Díaz, dijo que le exhibió, entre otras, una fotografía de este acusado y que Luis Quiniyao no le reconoció. Este mismo testigo dice haber concluido, de acuerdo a las diligencias investigativas que realizó, que, al menos entre los atacantes debían

estar los hermanos Juan Pedro y Luis Alberto, ambos Bahamonde Millalonco. Afirmación audaz si se considera que las descripciones, tanto físicas como de vestimentas de los involucrados en la agresión, no son coincidentes entre los testigos, circunstancia explicable si se considera la rapidez con se sucedieron los acontecimientos, “en segundos” dicen la víctima, Felisberto Jara y Lorena Araya. A esta rápida acción, debe sumarse el hecho de que, como señalan los testigos Jara, Araya, Peroti, Quiniyao y el Sargento Lagenbach, a esa hora estaba oscuro, hecho que, por lo demás, es público y notorio en cuanto se trataba de una fecha en que, por razones invernales, se oscurece más temprano y amanece más tarde, habiéndose determinado que la escena era iluminada por una luminaria ubicada en la vereda del domicilio de Quiniyao y que proporcionaba la claridad necesaria para apreciarla.

El testigo Luis Salazar, por su parte, quien ubica en la escena a Nelson Matías, expresó que entre éste y el acusado Luis Bahamonde había problemas de antigua data, y que no andaba con ellos esa noche. La sola afirmación de la víctima, que solo en estrados reconoce a este acusado, no es suficiente, a juicio del Tribunal, para tenerlo como participante de los hechos que se le imputan no logrando, en consecuencia, desvirtuar la presunción de inocencia que le favorece y, al no existir suficiente prueba inculpatoria, al Tribunal le surgen dudas más que razonables acerca de su presencia en el día y el lugar de los hechos, de manera que, por este concepto, falta de participación, se dictará sentencia absoluta en su favor.

2.- Respecto a Juan Pedro Bahamonde Millalonco.

Distinta es la situación de este acusado. Efectivamente, la cónyuge de la víctima le reconoce, en audiencia, como la persona con la que estuvo hablando y a la que trató infructuosamente de calmar. Luis Salazar, le ubica como a una de las personas con las que estuvo desde mucho antes compartiendo, con quien, además, sale en busca de más alcohol por varios sectores de la ciudad, llegando hasta el restaurante “El Tucán”, desde donde se vuelven a su domicilio, trayecto en el que pasan por el sector donde se suceden los hechos que el Tribunal conoció. Declaración que había prestado, también, ante el Inspector de Investigaciones Iván Laregla Burdiles.

El Sargento Segundo de Carabineros José Pino Díaz, manifestó que atendido que tenían antecedentes que los agresores de Luis Quiniyao, andaban en estado de ebriedad, empadronó lugares de expendio de alcohol de los alrededores y al entrevistar a José Valerio Oyarzún, propietario de “El Tucán”, éste le manifestó que el día de los hechos, Luis Salazar, su hermana, Ana Salazar, a la fecha y actualmente conviviente de Juan Bahamonde, éste y otras dos personas de sexo masculino, llegaron a su local comercial, alrededor de las 06:40 horas con la pretensión de que los atendiera, lo que no hizo y que provocó la ofuscación de Juan Bahamonde, el que desde el exterior del local le invitaba a salir y blandía un cuchillo del tipo cocinero, quién, además, pretendía agredir a Ana Salazar, retirándose el grupo posteriormente, hacia el sector alto –sector donde se ubica el domicilio y local comercial de Luis Quiniyao–. Luis Salazar, como se dirá, corrobora lo dicho por José Valerio Oyarzún, en cuanto a que efectivamente estuvieron en su negocio junto a Juan Bahamonde. La víctima, por su parte, expresó que alcanzó a observar cómo Juan Bahamonde, a quien identificó en la audiencia, portaba algo en la mano derecha y se le acercó en actitud amenazante, deduciendo que habría sido éste quien le enterró el cuchillo en el lado izquierdo de la cara porque a los otros tres atacantes sólo les vio las manos empuñadas mientras lo agredían, llamándole la atención, incluso, el hecho de que uno de los agresores presentaba sus manos con manchas blancas –en estrados Luis Salazar mostró sus manos que presentaban una decoloración de la piel que, indicó, le fue diagnosticada como afección nerviosa–.

El Tribunal, en su libre apreciación de la prueba, “que implica que la eficacia de cada prueba para la determinación de los hechos –y de la participación, agregamos–, sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón. Es la expresión de la racionalidad moderna, libre de vínculos formales, basado en la lógica de la probabilidad e inspirada en criterios científicos y en el sentido común, adaptable a las exigencias de la verdad empírica.” (Horvitz y López, “Derecho Procesal Chileno” T. II). Esta valoración de la prueba se encuentra limitada por los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. El Tribunal sostiene que no sólo no se vulneran estos elementos, que

circunscriben su tarea valorativa, sino que se respetan irrestrictamente. En efecto, el acusado Juan Bahamonde, fue visto portando un cuchillo del tipo cocinero, que antes de los hechos ya exhibió amenazadoramente a un tercero; la hoja extraída del interior de la cara de la víctima coincide plenamente con la empuñadura encontrada en el sitio del suceso y corresponde a un cuchillo marca “Tramontina”, del tipo cocinero, con una hoja de 19 centímetros de longitud. La víctima no vio un cuchillo, pero fue al único agresor al que le vio un objeto ajeno a sus solos puños, y, de acuerdo a sus particulares deducciones, concluye que sólo éste acusado pudo enterrarle el cuchillo y que el “algo” que le vio en las manos, debió corresponder a ese cuchillo. Luis Salazar, dijo no haber visto un cuchillo en poder de Juan Bahamonde, pero no aseguró que éste no portaba un cuchillo, de hecho, no sabe qué pasó después de que le fuera asestado un golpe con el fierro porque se retiró del lugar. Luis Quiniyao, llegó, al hospital, con una hoja de cuchillo incrustada en su rostro que prácticamente le atravesaba de lado a lado, en dirección de izquierda a derecha, de arriba hacia abajo, según el perito, coincidente con los dichos de la víctima y de la cónyuge de éste en cuanto fue por ese lado, su izquierda, que se acercó el acusado Juan Bahamonde a Quiniyao, luego de insultar a Sonia Peroti, la que lo ve alejarse hacia el lugar dónde estaba su marido. Vale decir, coincide con el hecho de que Juan Pedro se aproximó por el lado izquierdo. Lo propio describe Luis Salazar cuanto relata la ubicación de los participantes en el sitio del suceso.

La actitud y respuesta de Juan Bahamonde, demostrada a Sonia Peroti, de otra parte, denota su disposición violenta, la misma que ya había demostrado en las afueras del restaurante “El Tucán”. También, luego, cuando, instado a calmarse por la cónyuge de la víctima, le responde “no, le vamos a sacar la chucha, la conchadesumadre”. Las máximas de la experiencia, de cualquier ciudadano común y corriente, obligan a concluir que el autor, ejecutor directo e inmediato, de la puñalada que dejó alojada la hoja del cuchillo en la cara de Luis Quiniyao, no pudo ser otro más que Juan Bahamonde, circunstancia acerca de la que el Tribunal ha adquirido convicción más allá de toda duda razonable, atribuyéndole participación como autor en los términos del artículo 14 número 1, en relación al artículo 15 número 1, ambos del Código Penal, por haber

participado de una manera inmediata y directa en la causa de las lesiones que Luis Quiniyao presentaba.

Merece, en este punto, hacer análisis más detallado de la declaración de Luis Salazar, testigo que fue readvertido por el Tribunal –antes lo hizo la unidad de testigos y peritos–, de su Derecho como tal, de testigo, de abstenerse de declarar si con ello hubiera el peligro de autoinculparse. Su declaración aparece revestida de credibilidad, pero, precisamente por la circunstancia anotada, y del hecho de que el acusado Juan Pedro Bahamonde Millalonco fuere su “cuñado”, ya que mantiene relación de convivencia con su hermana Ana Salazar, con la que tiene un hijo, su testimonio fue acomodaticio, siendo rescatables, en todo caso, muchos de los pasajes que ilustraron su relato, el que se presenta coherente con versiones de otros testigos. Se declaró, también, fue recogida por el Inspector de Investigaciones, Iván Laregla Burdiles. Se destaca el hecho que reconoce que estuvo en “El Tucán”, lugar al que concurrió con Juan Pedro y otros, hecho que declaró José Valerio al Carabinero José Pino. No afirma que frente al local “Video Imágenes”, el acusado Juan Pedro portara un cuchillo o que se lo hubiera visto, pero, tampoco afirmó que no lo portaba, como dijéramos antes. Omite a un participante y los sitúa en otro lugar al de ocurrencia de los hechos y dónde se encontraron las huellas de manchas que impresionaban como sangre, sin embargo, su individual posición, es concordante con lo que apreció Luis Quiniyao, era la última persona, de los cuatro, desde la izquierda a derecha de la víctima. Sus manos, con piel decolorada y que se aprecian como con manchas blancas, fueron identificadas por Quiniyao. La víctima y el testigo Jara, sostuvieron que todos, los cuatro, le pegaban. Acerca de la actitud violenta que demostraba Juan Pedro esa mañana, Salazar relata que hubo un problema de aquél con Ana Salazar, la que se retiró anticipadamente y sola, en un colectivo y a quien encontró en la casa cuando él llegó, posterior al fierrazo que le fue asestado, el que iba dirigido a Juan Pedro. Reconoció, igualmente, que hubo una discusión relativo a que Juan Pedro estuvo orinando.

De manera, entonces, que, en calidad de autor, se le condenará.

MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD.

UNDÉCIMO: Que, ni el Ministerio Público ni la Defensa, llamados a debatir, en lo relativo a la

eventual concurrencia de modificatorias de responsabilidad que pudieren modificar el quantum de responsabilidad del acusado Juan Pedro Bahamonde Millalonco, no aportaron antecedentes al respecto.

DUODÉCIMO: Que, merecen especial referencia algunas alegaciones de la Defensa. Acerca de la insuficiencia de prueba. En efecto, ello queda demostrado en lo que se refiere a la imputación que hace el Ministerio Público respecto de Luis Alberto Bahamonde Millalonco, el que será absuelto. Más, en lo que respecta a su hermano, Juan Pedro Bahamonde, en la forma en que se ha referenciado, la indagación de los hechos y la participación, si bien es cierto no fue investigada con la acuciosidad que cualquier caso requiere, fue suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de que llegó revestido Juan Pedro Bahamonde Millalonco. Indudablemente al Tribunal le hubiera interesado enterarse por su boca y con la posibilidad de un contra examen, de los dichos de José Valerio Oyarzún, el que inexplicablemente no fue requerido a la presencia del señor Fiscal investigador de la época, como tampoco lo fue la de Ana Salazar, ni la ubicación de Nelson Matías, falencias que si bien indican alguna ligereza investigativa, no excluyen, por sí mismas, la participación que se le ha atribuido y determinado a Juan Bahamonde.

Lo propio puede decirse en cuanto a una eventual falta de congruencia en cuanto el acusador yerra en su acusación al citar el lugar de ocurrencia de los hechos, lo que a estas alturas si bien denota descuido en la elaboración de dicho libelo, no alcanza a constituir una falta de congruencia de tal magnitud que obligue al Tribunal a la absolución del acusado Juan Bahamonde, por este solo motivo.

En lo relativo al ocultamiento de diligencias de parte de un determinado Fiscal, no siendo la prueba rendida una consecuencia derivada de la prueba que se dice se realizó en forma ilegal, la probanza ofrecida y rendida en Juicio no puede entenderse como contaminada de la pretendida ilicitud que alcanzó el reconocimiento fotográfico de Juan Pedro Bahamonde de parte de Quiniyao. Dicho antecedente no fue considerado por el Tribunal para fundar la condena.

Respecto de la ausencia de prueba, no le corresponde al Tribunal determinar o exigir la rendición de determinada prueba a interviniente alguno, este tercero imparcial, el Tribunal, debe aceptar,

resignadamente, la que se le ofrece y se rinde. Sin embargo, debe advertir que, si bien el peso de la prueba recae sobre el acusador quien debe desvirtuar la presunción de inocencia, acreditado un hecho por éste, a través de cualquier medio, le compete a la Defensa, presentar algún antecedente que la desvirtúe o, al menos, provoque una razonable duda en los sentenciadores, circunstancia que aquí no aconteció. Si tanto interés tenía la Defensa en la declaración de algunos testigos que, ejerciendo su derecho, el Ministerio Público renunció y, por ende, no depusieron en estrados, ¿Por qué no los presentó, también, como sus testigos de descargo? ¿Por qué no instó por el interrogatorio por el Fiscal de aquellos cuyo testimonio no se obtuvo durante la investigación? O ¿Por qué, a sabiendas de lo que declararían no los presentó como sus testigos? O bien, si se dijo haber sido sorprendido con el testimonio de algunos testigos de oídas, ¿Por qué no utilizó el expediente de prueba nueva o de prueba sobre prueba en la Audiencia de Juicio Oral? Son alternativas que la defensa pudo analizar y ejercer, si le parecieron de interés trascendente, lo que no hizo.

DETERMINACIÓN DE LA PENA.

DÉCIMO TERCERO: Que, en la forma en que se ha razonado, habiéndose acreditado al acusado JUAN PEDRO BAHAMONDE MILLALONCO, participación en calidad de autor ejecutor directo en el delito de lesiones graves, del artículo 397 número 2 del Código Penal, en grado de consumado, que contempla una pena de presidio menor en su grado medio, no concurriendo modificatorias de responsabilidad, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 67 inciso primero del Código Penal, el Tribunal se encuentra facultado para recorrer toda su extensión, aplicándola en el mínimo de la pena asignada al delito, por estimarla más condigna a los hechos y su resultado, con más las accesorias de ley.

No se hará lugar a la solicitud del Ministerio Público en el sentido de imponer al acusado la obligación de pagar la curación del ofendido, contemplada en el número 3 del artículo 410 del Código Penal. No se trata de una pena accesoria, los artículos 21, 22 y 23, del Código Penal no la contemplan como tal. El artículo 410 citado, establece una obligación de carácter civil, sujeta a las normas de indemnización extracontractual, entre otras cosas a la titularidad de la acción y a que debe tratarse de un daño cierto,

que no es el caso de la solicitante, Ministerio Público. El derecho para la víctima existe, pero no puede ser declarada por esta vía, el Ministerio Público no es el titular de la acción.

Por otra parte, el artículo 324 del Código Procesal Penal, establece que la prueba de las acciones civiles en el procedimiento criminal se sujetarán a las normas civiles en cuanto a la determinación de la parte que debiere probar, vale decir, el peso de la prueba recae sobre el actor civil, —el que en el presente juicio no se ha presentado—, en cuanto, de acuerdo al artículo 1698 del Código Civil, prescribe que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas. Así, si las lesiones causadas tuvieron un costo de recuperación, que el Tribunal no tiene dudas, existió, el monto del mismo no fue acreditado de manera alguna, por lo que se negará lugar a esta parte del escrito acusatorio.

PRUEBA DESESTIMADA.

DÉCIMO CUARTO: Que, cabe hacer presente, que el Tribunal le resta valor probatorio, a la declaración del Sargento Segundo de Carabineros, José Pino, y a la declaración de la víctima, en cuanto dicen, a través de un reconocimiento fotográfico, del que la Defensa no tuvo conocimiento ni fue autorizado por el Juez de Garantía, se habría identificado al acusado Juan Pedro Bahamonde Millalonco. En efecto, la omisión de conocimiento a la Defensa de esta diligencia, afecta su derecho a la Defensa, en cuanto ésta incluye el Derecho a estar Informada de todos los antecedentes de cargo que a su representado le afectan, para preparar adecuadamente la teoría del caso que sustentará en Juicio Oral. Asimismo, se desestima y no se considera, para ningún efecto, la pericia del perito Plani métrico Rodrigo Pantoja Milla, en cuanto su pericia, la confección de un plano, no fue relatada por el perito ni exhibida en Juicio.

DE LAS COSTAS.

DÉCIMO QUINTO: Atendido lo dispuesto en el artículo 45 y siguientes y 342 del Código Procesal Penal, se condenará al pago de las costas causadas, al acusado a cuyo respecto se dicta sentencia condenatoria.

BENEFICIOS DE CUMPLIMIENTO ALTERNATIVOS DE LA PENA.

DÉCIMO SEXTO: Que atendidas las razones precedentemente vertidas y especialmente, la prueba documental, extracto de filiación y antecedentes penales de Juan Pedro Bahamonde Millalonco y la cuantía de la pena que se aplicará, no reuniéndose los requisitos que exige la ley 18.216 y su reglamento, para el otorgamiento de alguno de los beneficios que contemplan, no se emitirá pronunciamiento alguno sobre ella. Lo propio respecto del coacusado Luis Alberto Bahamonde Millalonco, respecto de quien, como se ha dicho, se dictará sentencia absolutoria.

Que, atendidas las consideraciones expuestas precedentemente y lo dispuesto en los artículos 5 y 19 números 1 y 3 de la Constitución Política de la República, en los artículos 1, 4, 36, 37, 45, 47, 261, 295, 296, 297, 309, 319, 323, 325, 332, 333, 338, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 347, 348 y 468 del Código Procesal Penal y artículos 1, 14 número 1, 15 número 1, 21, 22, 24, 26, 30, 47, 50, 67 inciso primero, 69, y 397 número 2, del Código Penal; y Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia del diez de Enero del año 2001, **SE DECLARA:**

I.- Que, **SE ABSUELVE A LUIS ALBERTO BAHAMONDE MILLALONCO**, cédula nacional de identidad número 16.975.604-K, ya individualizado según consta en registro de audiencia de Juicio Oral, por el delito que fuera acusado, como autor, en cuanto habría inferido lesiones de carácter grave a Luis Marcedonio Quiniyao Muñoz, que habría cometido el día 5 de junio del año 2003, alrededor de las 07:10 horas, en la vía pública, frente al domicilio y local comercial de la víctima, ubicado en calle Simpson número 1634 de la ciudad de Coyhaique, por no haberse acreditado, fuera de toda duda razonable, que hubiera tenido participación en los hechos que se le imputaron.

No se condena en costas al Ministerio Público, en lo que a la absolución de Luis Alberto Bahamonde Millalonco corresponde, toda vez que el Tribunal estima tuvo motivo plausible para acusar.

Se hace presente que las declaraciones del artículo 347 del Código Procesal Penal, respecto del

acusado absuelto, se realizaron en la decisión que, oportunamente, se comunicara a los intervinientes.

II.- Que **SE CONDENA** a **JUAN PEDRO BAHAMONDE MILLALONCO**, cédula nacional de identidad número 16.975.584-1, debidamente individualizado, según consta en registro de audiencia de Juicio Oral, a cumplir la pena de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO**, como **AUTOR** del delito de lesiones graves, previsto y sancionado en el artículo 397 número 2 del Código Penal, en grado de consumado, perpetrado en la ciudad de Coyhaique el día 5 de junio del año 2003, alrededor de las 07:10 horas, en la persona de Luis Marcedonio Quiniyao Muñoz, frente al domicilio y local comercial de la víctima, en la vía pública, ubicado en calle Simpson número 1634.

III.- Que, queda obligado el sentenciado condenado al pago de las costas de la causa.

Que, se le impone, además, la accesoria de suspensión de cargo u oficio público por el tiempo de la condena.

Que no se hace lugar, por los motivos expuestos, a la solicitud de condena del acusado en los términos del artículo 410 número 3 del Código Penal.

IV.- Que, al sentenciado Juan Pedro Bahamonde Millalonco, no se le concede ningún beneficio de la ley 18.216, y en consecuencia, la pena que se le ha aplicado empezará a contársele desde el día seis de diciembre del año dos mil cinco, fecha desde la cual se encuentra ininterrumpidamente privado de libertad, según se resolvió en la Audiencia de Comunicación de la Decisión a que arribó el Tribunal de Juicio Oral, ordenándose dicha cautelar, debiendo, además, abonársele a dicho cumplimiento de pena corporal efectiva, un día que permaneció privado de libertad, esto es el día 25 de septiembre del año 2004, según da cuenta el Auto de Apertura en su motivo DUODÉCIMO y su complemento.

V.- Que, se ordena el comiso de la empuñadura de cuchillo, de madera, y la correspondiente hoja de metal, acompañado como prueba material por el Ministerio Público, especies que deberán ser destruidas por la señora Administradora de este Tribunal, dejándose la pertinente constancia en la carpeta y en el libro de especies y su destino.

VI.- Que, ejecutoriada que se encuentre la presente sentencia, se remitirá copia del presente fallo, con la certificación pertinente, al Juzgado de Garantía de Coyhaique a fin de que se de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, en conformidad a lo dispuesto por los artículos 14 letra f) y 113, ambos del Código Orgánico de Tribunales.

Devuélvase al Ministerio Público la prueba documental y material, salvo aquella cuyo comiso se ha ordenado, allegada a la audiencia de Juicio Oral, bajo recibo y dése copia de la presente sentencia, si así se solicitare.

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

Redactado por el Juez Titular don Pedro Alejandro Castro Espinoza.

No firma, no obstante haber concurrido a la audiencia de Juicio Oral, a la comunicación del veredicto y al acuerdo que ahora se ha plasmado, el Juez Subrogante don Rudy Hald Ramírez, por haber concluido la comisión de servicios que se le confiriera.

Rol Único de Causa Número: 0300085795-4.-

Rol Interno del Tribunal número 34-A-2004.-

Pronunciada por los Jueces Titulares de la Sala Única del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, don Sergio Gustavo Vásquez Parra, y don Pedro Alejandro Castro Espinoza y por el Juez Subrogante, don Rudy Hald Ramírez. Autoriza, doña Marcela del Carmen Vidal Romero, Ministro de Fe.

- Destaca que la coherencia necesaria entre los distintos testimonios prestados en el juicio no dice relación con tener que ser exactos, resultando igualmente suficientes con disconformidades accesorias.

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor del delito de abusos sexuales. En los mismos términos lo hizo el querellante, quien además solicitó se considerara la concurrencia de la agravante del artículo 13 del Código Penal. La Defensa sostuvo que la prueba rendida no resultaba suficiente para sustentar una convicción condenatoria, además de presentar contradicciones, siendo el origen de la denuncia problemas de la madre con el padre. El Tribunal estimó acreditadas tanto la ocurrencia del delito como la participación del acusado en éste. En el fallo los jueces destacaron que resultaba irrelevante que las declaraciones de los testigos no fueran absolutamente coincidentes con lo declarado durante la investigación, así como tampoco que las versiones entre ellos se ajustaran con exactitud, siendo lo importante que no sean de tal entidad que la hagan desmerecer en lo sustancial de los hechos denunciados. Especial consideración le mereció al Tribunal que la acusación contuviera la descripción de un solo abuso, y haberse demostrado en el juicio que fueron varios, lo que estimó que se encuadraba en la figura del delito continuo, a efectos de respetar el principio de la congruencia. Ello, porque los acontecimientos establecidos presentaron una unidad de resolución criminosa, viéndose satisfecho el aspecto subjetivo en cuanto el autor tuvo en cada oportunidad que realizó sus acciones lascivas, una intención de satisfacer sus desviados deseos. De otra parte, en el plano objetivo, se trató de diversas acciones que afectaron una misma norma penal, siendo siempre el mismo bien jurídico protegido el lesionado. En cuanto a las objeciones formuladas por la Defensa, señaló que ésta se limitó a objetar la prueba presentada por el ente acusador, sin presentar a su vez pruebas que pudieran hacer surgir en el Tribunal una duda razonable. Finalmente, respecto de la agravante invocada por la querellante, el Tribunal la rechazó habida consideración que se demostró que el acusado había reconocido legalmente a la víctima no siendo su padre biológico, situación que ya se encuentra inserta en el tipo por el que se le sancionó al hacer la relación del número dos del artículo 366 con el numeral segundo del artículo 363, ambos del Código Penal, de manera que considerarla habría constituido una doble sanción, lo cual nuestro Derecho prohíbe.

Texto completo:

En Coyhaique a veintisiete de diciembre del año dos mil cinco.

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha diecinueve de diciembre del año dos mil cinco, ante la Sala Única del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, integrada por el Juez Presidente don Sergio Gustavo Vásquez Parra, y los Magistrados Titulares don Pedro Alejandro Castro Espinoza y don Luis Rolando Del Río Moncada, se inició la audiencia de Juicio Oral relativa a la causa rol único número 0400370707-0, rol interno número 40-2005, seguida

contra **GERARDO HAROLDO GUZMÁN MUÑOZ**, cédula nacional de identidad número 8.014.312-5, chileno, casado, de 43 años de edad, domiciliado en Coyhaique, calle Freire número 1.183, empleado, natural de Puerto Aysén, quien, de conformidad a la única convención probatoria que establecieron los intervinientes, no registra anotaciones penales preteritas.

Fue parte acusadora el Ministerio Público, representado por los Fiscales, don Miguel Ángel Riquelme Cortés y don Alex Olivero Núñez, con domicilio en Coyhaique, calle Moraleda número 448. Asiste, en representación de la querellante don Jaime Dagnino Martínez, con domicilio en esta ciudad calle

Magallanes número 404, por mandato de doña Janeth Ilse Lira Espinoza, madre de la menor víctima, C.N.G.L., domiciliada en calle Los Mañíos número 1.056 de Coyhaique. La Defensa del acusado estuvo a cargo de la Defensoría Penal Pública, en la persona de la Abogado doña Ruth Vallejos Cuitiño, con domicilio en Coyhaique, calle Freire número 274.

ACUSACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

SEGUNDO: Que, los hechos, materia de la **acusación**, según auto de apertura del Juicio Oral del veinticuatro de octubre del año 2005, del Juzgado de Garantía de Coyhaique, ocurrieron “entre el mes de septiembre y el mes de noviembre del año 2003, al interior del domicilio ubicado en calle Los Mañíos número 587, departamento número 307 de la ciudad de Coyhaique, el imputado procedió a efectuar tocaciones en los pechos y en la vagina de la menor C.G.L., de doce años de edad en esa época, hija del imputado.”

Los hechos descritos, configuran el delito de abuso sexual, contemplado en el inciso segundo del artículo 366 bis del Código Penal, en relación al artículo 363 número 2, ambos del Código Penal, en grado de consumado, atribuyéndole participación en calidad de autor del artículo 15 número 1, del Código Penal. Reconoce el acusador que le favorece al acusado la atenuante de responsabilidad de irreprochable conducta anterior, consagrada en el artículo 11 número 6, del Código Penal.

Atendidos los hechos descritos y a lo dispuesto en las disposiciones citadas y a lo que preceptúan los artículos 27 y siguientes, 67, 68, 69, 370 del Código Penal y artículos 45 y siguientes, 248 letra b) y 259, del Código Procesal Penal, solicita la aplicación de la pena de ochocientos días de presidio menor en su grado medio, más las accesorias legales, con costas de la causa.

Acusación que el Ministerio Público sostiene en su alegato de **apertura**, agregando que se trata de hechos graves, que ocurren en un contexto familiar en el que el padre abusa de la hija. Padre no biológico, situación que se devela luego del abuso. Dentro de la prueba que presentará para acreditar los hechos se encuentran dos testigos, la madre de la menor y Carlos Tulio Saavedra, quienes escucharon la confesión y reconocimiento de los hechos por parte del acusado, aunque hoy lo niegue. Con la

demás prueba que cita, sostiene que acreditará la reiteración de los abusos –a pesar de que en la acusación habla de un solo delito–, ocurridos entre el mes de septiembre y noviembre del año 2003, por lo que reitera petición de pena.

En su **clausura** sostuvo que atendida la prueba que rindió y que analizó latamente, se acreditó el hecho imputado y la participación que le cupo al acusado en él. Refiere, además, la tesis que planteó la Defensa, en cuanto los hechos que motivan el presente juicio son producto de una invención de la madre de la menor, motivada por venganza debido a la infidelidad del marido y la existencia de un hijo extramatrimonial. Sin embargo, al detective de Investigaciones el acusado no refiere esta versión, que sólo aparece cuando declara en Fiscalía y, en lo que a la madre respecta, estos hechos los supo en el año 1994 o 1996, así no se justifica esta tardía reacción de venganza. De otra parte, otro investigador, Olate, no cree la última versión del acusado y no indagó mayores antecedentes puesto que el acusado no quiso proporcionarlos. Termina solicitando se aplique la pena solicitada.

En la **réplica**, manifestó que la Defensa se ha dedicado a practicar una crítica a ciertos detalles de las pruebas en particular, pero no ha atacado la convicción de que se acreditó el hecho por el que se acusó a virtud de todas las pruebas rendidas. Los hechos deben entenderse como un impacto familiar, lo que explica la tardanza en efectuar la denuncia por parte de la madre, la que, además, se preocupó de verificar que sus otros hijos no hubieren sido, también, afectados, concluyéndose que no lo habían sido, incluso, el mismo perito que determinó la existencia de abuso a C., respecto de un hermano, al que también evaluó, no constató en éste la presencia de abusos, lo que habla del profesionalismo de dicho perito.

La Defensa ha partido de supuesto que no son ciertos, al Detective Ramos no se le encargó, ni figura en la carpeta que hubiera debido investigar las razones que motivaron la tardanza en realizar la denuncia por parte de la madre de la menor.

En suma, las objeciones que la Defensa hace a la investigación realizada, son irrelevantes.

QUERELLANTE.

TERCERO: La querellante, por su parte, quien también presentó acusación, difiere de la del Ministerio Público en cuanto, los mismos hechos de

la Fiscalía los califica “de abuso sexual consumado, previsto en el artículo 366 n° 2 del Código Penal, texto anterior a la entrada en vigencia de la ley 19.927, en relación al artículo 363 n° 2.” Atribuye al acusado igual participación, sosteniendo, además, que le favorece la atenuante del artículo 11 número 6 del Código Penal, pero, arguye, además, que le perjudica al acusado la agravante del artículo 13 del Código citado por lo que termina solicitando una pena de tres años de reclusión menor en su grado medio, atendido lo dispuesto en el inciso final del artículo 67 y a la extensión del mal causado, con las accesorias de ley y costas de la causa.

Agregó en su **apertura** que la víctima es hija del acusado y tenía a la fecha de los hechos 12 años, atentándose contra su indemnidad sexual. Indicó que repugna el hecho en sí mismo, pero, mayormente por ser el padre el autor, quien estaba al cuidado de la menor ya que la madre ejercía el rol de proveedora del hogar.

En su **clausura** sostuvo que acusó por la figura del artículo 366 número 2, en relación al numeral segundo del artículo 363, ambos del Código Penal. La acción o conducta del acusado se encuentra acreditada con la prueba que indica. La acción tiene una significación sexual y es relevante en cuanto se hizo bajo la ropa de la menor, de sus sostenes y calzones, fue abusiva porque se aprovechó de la situación de desvalimiento de una menor, circunstancia conocida por el acusado, en cuanto la madre trabajaba fuera de la casa familiar. Igualmente se ha acreditado, con la documental rendida, que concurre la agravante del artículo 13. Por todo ello pide se condene al acusado.

Finalmente, en la **réplica**, hizo presente que se tiene claro que la madre de la menor buscó ayuda en una institución, por consejo de un amigo. La menor, según la Defensa, es una adolescente y criticó la falta de defensa, sin embargo la menor tenía 12 años y hasta antes de los hechos siempre pensó, en sus palabras, que era el mejor del mundo.

La Defensora, indicó, no es psicóloga y si quiso restarle validez a la pericia, ¿Por qué no presentó otro perito? Sus objeciones son las de un lego, irrelevantes e inválidas.

DEFENSA.

CUARTO: Que, por su parte, la defensa del acusado, en el alegato de **apertura** sostuvo que el

Ministerio Público y el Acusador Particular hablan de una terrible historia, de hechos graves y repugnantes. Debe hablarse, también, de crueldad, toda vez que se le dijo a la menor que declare no más en contra del padre, puesto que éste no era tal.

De los hechos se tomó conocimiento en el mes de mayo del año 2004, sin embargo, la madre denuncia en octubre del año 2004. La madre, la Policía, el Cepij y el Ministerio Público, estuvieron siempre a la sombra de las declaraciones de la menor.

El padre de la menor hacía dos años que no tenía trabajo estable, sólo esporádico, con problemas conyugales por infidelidades, con un hijo fuera del matrimonio. La cónyuge lo echa de la casa en mayo, y en el mes de octubre hace la denuncia.

En la investigación no se indagó sobre otras denuncias de abuso sexual. Hubo revelaciones de verdad y presiones de la policía. Se van a ver (sic), confesiones, Carlos Saavedra es sacerdote y no respeta el secreto de confesión y por lo tanto su testimonio no será veraz ni profesional.

Los delitos sexuales contra niños, son delitos crueles, graves y repugnantes, sin embargo, esos mismos términos se aplican a la forma de obtención de la prueba, se desvirtúan sus fines y no puede ser válida para condenar a su representado, por lo que solicita la absolución.

En su **clausura**, sostuvo la Defensa que la prueba presenta problemas que afectan su credibilidad, por la poca rigurosidad en la investigación, por la falta de investigación. La prueba es deficiente y no puede fundar una sentencia condenatoria.

No se investigaron las motivaciones de la madre en la dilación de la denuncia. No se investigaron las justificaciones que dio el acusado. El policía Olate fue encargado para investigar denuncias similares al interior de la familia Lira, y pese a existir orden del Fiscal, no lo hizo. Debía averiguar altercados de la madre con las amantes del acusado y tampoco lo hace. No sabe el nombre del hijo extramatrimonial del acusado. Olate no hizo el trabajo que se le encargó.

El Policía Ramos interrogó a la abuela de la menor y no sabía nada de la situación que afectaba a su nieta. Hubo apoyo de otros familiares a la menor, de hecho una tía, que no declaró en Juicio, fue quien le comunicó a la menor que el acusado no era su padre biológico.

Los problemas en la investigación existieron.

La madre dudó acerca de si hija había sido violada, sin embargo, una semana más tarde de enterarse de los hechos acude al hospital por el problema de otro hijo y no solicita ayuda médica, más aún, permitió que el acusado visitara a su hijo en el hospital y que fuera a la casa habitación, a pesar de que presumía eventual violación. La madre explicó cómo llegó al Sepij, pero se tardó cinco meses en hacer la denuncia.

El Testigo Saavedra rompió el secreto de la entrevista, que es el equivalente en la Iglesia Mormona al secreto de confesión para los católicos. Pese a la importancia que revestían los hechos, no apoyó a la víctima ni a la madre, no siguió el curso de los acontecimientos.

Hay infidelidades, hay violencia intrafamiliar. La menor se resistía a ir a declarar, lo dice la madre, también lo confirman un policía y el perito, la menor lloraba y se negó a declarar, debió mediar el perito.

La presencia del policía en la entrevista de la menor con el psicólogo le parece irregular a la Defensa. El perito no supo qué era el control de sesgo, se lo tuvo que explicar la Defensora. Usó el protocolo de Nietzsche, pero desconocía el control de sesgo. ¿Usó dicho protocolo en el interrogatorio que hizo el policía? Esa situación es presionante, pero pese a todo, usó esa entrevista como antecedente de su informe. El perito en su pericia no explicitó ni consignó los factores de validez del relato. Fue la defensa quien explicitó que se dividían en cinco los criterios del SBA, y de los que dijo se identifican 8 de los 19 que en total lo componen. No estudió las particularidades del contenido de la versión de la menor, quien manifestó en estrados que aquí no había dicho lo mismo que en otras partes. Tampoco el psicólogo no explicó por qué la menor, de doce años de edad, no realizó maniobras defensivas a las agresiones que dice haber sufrido.

Por todo ello, solicitó la absolución de su defendido.

En la **réplica** manifestó que La Fiscalía altera la declaración de la madre e infringe la ley al leer textualmente parte del informe del perito.

Expresa que la Defensa apoya el hecho de que no hubo abuso. No calzan el testimonio de la madre y de la menor en varios puntos. La motivación para la denuncia no fue el abuso.

El Perito no dio relación puntual, específica y exacta de por qué le pareció veraz el relato de la menor, y al permitir que un policía estuviera presente en la entrevista con la menor, rompió los controles de sesgo.

DECLARACIONES DEL ACUSADO.

QUINTO: Que, el acusado, haciendo uso de la facultad contenida en el **artículo 326** del Código Procesal Penal, renuncia a su derecho a guardar silencio y declara que: "Quiero decir que yo no debería estar aquí, no soy responsable de ningún delito, me fui de la casa por problemas económicos, trabajaba esporádicamente y me lo reprochaba mi señora. También, se enteró de dos relaciones anteriores más y de un hijo en una de ellas. El once de mayo del año 2004, me fui de la casa.

En septiembre del año 2004, me fui a la Argentina, pero con ello no recuperaba a mi familia y volví. Salí con otra mujer y de repente trabajaba en "Fotovisión" y me citaron a investigaciones y me entero de que me estaban acusando. Les respondí lo que correspondía.

Hablé con Carlos Saavedra porque yo era Presidente de Hombres Jóvenes en la Iglesia. Yo no tenía la moral para serlo porque había engañado a mi señora y no podía seguir siendo Presidente.

A la C. la reconocí cuando me casé con Janeth y el acuerdo era que yo iba a ser el único padre de C., que no debía buscar a un padre que la había abandonado. Ahora la usan en mi contra para hacer creer que yo soy un tipo que, no sé. No puede usar a los niños en mi contra.

Si alguna vez toqué a mis hijos fue jugando. Los bañaba a todos, tengo cuatro hijos, hasta antes de irme de la casa.

De esta situación me enteré seis meses después de separarme, en noviembre."

Interrogado por la Fiscalía, respondió que: "A Raúl Ramos le declaré y a él no le di razón en particular, yo no entendía, él me citó y yo visitaba a mis hijos.

Mi señora se enteró que la había engañado. Ella trabajaba en encuestas y por ahí debe de haber sabido. Del tema de mi hijo se enteró un par de semanas antes de separarnos.

Cuando declaré en Fiscalía dije que había

estado con una persona, no dije quién era ella, porque ella es casada.

Yo no conversé de abusos con Tulio –en referencia a Carlos Tulio Saavedra–. Hablé con él en dos oportunidades, como una semana después de haberme separado. Con Tulio tratábamos de recuperar mi familia. No tuve problemas con Tulio, y no seguí yendo a la Iglesia porque moralmente no estaba capacitado para asistir. Dejé la Iglesia cuando me separé, excepto las dos reuniones con Tulio.

Cuando me separé, el hijo tenía ocho años, la misma de Andrés. Me casé el trece de diciembre del año 1994. Antes de la separación la relación fue siempre buena con todos mis hijos, cuando conversaba con mi señora no involucrábamos a los niños. Cuando jugaba con ellos también luchábamos, pude haberlos tocado, con todos jugaba igual.

A Ramos no le dije de tocaciones. En una oportunidad le dije que mientras Janeth cocinaba, fui por atrás de C. y me percaté que le había tocado un pechito.

La separación no fue violenta. Discutíamos y me lo planteó por los niños, los seguí viendo, una o dos veces a la semana.

Era vigilante de seguridad y asistente contable, luego jefe de bodega, estuve hasta el año 2001 en la minera Toqui, luego tuve trabajos esporádicos de gasfitería y carpintería.”

Interrogado, a su vez, por el querellante, contestó que: “Los trabajos dependían en el tiempo. Cuando no tenía trabajo me quedaba en la casa o buscaba alternativas. En invierno trabajaba hasta las 2 ó 3 de la mañana. Cuando yo salía mi señora estaba en la casa.

Los niños veían las discusiones. Tengo cuatro niños y los bañaba a todos, cuando no lo hacía mi mujer, lo hacía yo.

Yo iba a la Iglesia Mormona, me bautizaron en enero del año 2003. Era Sacerdocio, los había de dos tipos, yo tenía el rango mayor.”

Interrogado por la Defensa, le respondió que: “Mi mujer tiene toda su familia en Coyhaique y a mí no me querían mucho. En la familia de mi mujer, una hermana de ella el año 1998 hizo una denuncia por abuso sexual, Josabeth. No supe si la contactaron.

C. no es mi hija biológica, la reconocí después, y yo soy el padre porque la he criado, pese a

que no la engendré. Todos pensaban que C. era mi hija. Era el acuerdo hasta que me muera. Con C. la relación era excelente. No tuve problemas con mis hijos o con mi señora por los juegos que hacíamos. Cuando le toqué un pecho a C. fue más un abrazo de cariño y sin ningún objetivo.

Me fui de la casa el día once de mayo del año 2004, por los problemas que conté.

Cuando hablé con Tulio lo hice en su calidad de sacerdote. Le puse mi cargo a su disposición y le confesé los problemas que tenía con mi señora. Con Tulio Saavedra no tuve problemas en la Iglesia.

La primera noticia de la denuncia la tuve en noviembre del año 2004, por el Inspector Ramos.

En septiembre me fui a la Argentina y volví para tratar de recuperar a mis hijos.

Después que me entrevisté con el Inspector no vi más a los niños. Con C. me topé algunas veces.”

Finalmente, preguntado por los Jueces, explicó que: “A la C. la bañaba hasta una semana antes de irme, tenía trece años. Cuando le toqué accidentalmente el pecho a C. no me dijo nada y su madre tampoco, mi señora estaba cocinando.

Cuando me topaba con C. en la calle me saludaba y a veces la encontré con su pololo. ‘Hola papito, cómo estás’ me decía.”

Por último, el acusado haciendo uso de la palabra en la oportunidad prevista en el **artículo 338** del Código Procesal Penal, manifestó que “Mantengo lo que he dicho, yo siempre quise colaborar para establecer que esto no es justo. Siempre me he puesto en manos de la Justicia, ahora me pongo en sus manos. Tuve posibilidades de salir, de irme y no lo he hecho, porque me puse en las manos de la justicia.”

CONVENCIONES PROBATORIAS.

SEXO: Que, los intervinientes dieron por probado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 275 del Código Procesal Penal, el siguiente hecho: “La inexistencia de anotaciones prontuariales respecto del acusado Gerardo Haroldo Guzmán Muñoz.”

PRUEBA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y ACUSADOR PARTICULAR.

SÉPTIMO: Que, el Ministerio Público y el

Acusador Particular, con la finalidad de acreditar sus acusaciones, produjeron la siguiente prueba:

I.- TESTIMONIAL:

Testigos debidamente individualizados, advertidos de sus derechos y obligaciones, con promesa o juramento de decir verdad, salvo la menor de edad, interrogada por el Presidente de Sala a través de la modalidad de circuito cerrado de televisión y ante la presencia de los Magistrados solamente, los que depusieron en estrados, según consta en registro de la audiencia.

- a) **JANETH ILSE LIRA ESPINOZA**, de 37 años, encuestadora, casada con acusado;
- b) **C.N.G.L.**, de 14 años, estudiante, soltera;
- c) **CARLOS ALBERTO OLATE CARRILLO**, de 35 años, casado, Subcomisario de Investigaciones;
- d) **RAÚL ESTEBAN RAMOS HUERTA**, de 35 años, casado, Subcomisario de Investigaciones; y,
- e) **CARLOS TULIO SAAVEDRA WATSON**, de 35 años de edad, casado, actor y empleado municipal.

II.- PERICIAL:

Perito que fue advertido de sus derechos y obligaciones, prestó juramento o promesa de decir verdad y se encuentra debidamente individualizado, según consta en registro de la audiencia del Juicio Oral. Habiendo acompañado el informe a que alude en el artículo 315 del Código Procesal Penal y, además, los comprobantes que acreditan la idoneidad profesional del mismo.

a) **MARCELO RODRIGO ABARCA CASANOVA**, de 35 años, soltero, psicólogo, quien al exponer su informe, expresó que: "El 29 de octubre del año 2004 la Fiscalía Local le solicitó una pericia psicológica orientada a evaluar la veracidad del relato de la menor, el daño psicológico causado, indicaciones de tratamientos y terapia, diagnóstico clínico y otros antecedentes procedentes a determinar o descartar un posible abuso sexual de la menor C.N.G.L., de trece años y siete meses a la fecha de la evaluación, elaborando dicho informe entre los meses de septiembre a noviembre del año 2004.

La evaluación de C. implicó cuatro entrevistas, realizadas en su totalidad en el Cepij Coyhaique. La primera de tales entrevistas, no estructura-

da, tuvo como objetivo generar un vínculo positivo que permitiera a la menor sentirse en confianza ante el evaluador y su entorno. La segunda entrevista, semiestructurada, tuvo por objetivo evaluar la existencia de un relato de abuso sexual infantil. En la tercera entrevista, semiestructurada, el objetivo fue explorar la existencia de síntomas emocionales y/o conductuales asociados a abuso sexual infantil. La cuarta entrevista tuvo por objetivo cerrar el proceso de pericia, orientando la conversación a la expresión de sentimientos presentes durante el proceso de evaluación, a detectar elementos nuevos que fuesen importantes para la pericia y acogida de las dudas de la menor respecto a posibles intervenciones posteriores."

Hace presente el perito que: "debido a que la menor no estuvo dispuesta a declarar ante la Fiscalía local, ya que en el último tiempo se ha sentido muy angustiada ante la situación de denuncia, se le pidió que esté presente en la declaración de C., a lo que accedió y realizó la entrevista con la presencia del detective Raúl Ramos. Declaración que también utilizó para la elaboración de su informe."

En relación a los antecedentes de la revelación, el perito agregó que: "la menor pertenece a una familia constituida por su madre, su padre legal y tres hermanos menores de ocho, cinco y dos años. Al momento de develarse de manera accidental la situación, la madre se alinea con la hija, separándose de su pareja, quien se va de la casa. La madre mantuvo en un primer momento ambivalencia respecto a denunciar los hechos, por lo que la denuncia se produce de manera tardía. La decisión de formalizar la denuncia implicó comunicarle a la hija que el imputado no era el padre biológico, generando en la menor una disminución de la angustia.

Por su parte, la menor, a pesar de dar a conocer la situación de abuso por parte de su padre legal, mantiene ambivalencia afectiva frente a la revelación y la denuncia, debido a la crisis familiar y consecuencias afectivas que esto generó en sus hermanos menores, en especial en su hermano Andrés, de ocho años."

En cuanto a los resultados de la evaluación, el perito explicó que: "como instrumentos para ello utilizó entrevistas clínicas con la menor, declaración de la menor en la Fiscalía y revisó otros antecedentes. Clínicamente le impresionó a nivel cognitivo con

un nivel intelectual normal con lenguaje acorde al esperado a su edad, manteniendo la atención y concentración durante la entrevista. La menor posee capacidad comprensiva que le permite entender por qué se encuentra en el Cepij.

La actitud de la menor durante las entrevistas fue cambiante, colaboradora y buena disposición a relatar las experiencias vividas, en la primera y segunda entrevista, luego, en la tercera y cuarta, se muestra reticente, con síntomas depresivos y disfóricos.”

Respecto de los hechos, dijo el perito que: “la niña relata haber sido víctima de agresión sexual por parte de un adulto, la que habría consistido en besos en los senos y tocaciones en los senos y la vagina. Que le tocaba la vagina, los pechos, siempre por debajo de la ropa. Que una vez la acostó en la cama y le tocó el pecho y su vagina, por debajo de la ropa. Que le tomó su mano y que quería que le tocara el pene, y ella la habría sacado, y él le habría dicho ‘si quieres no más’. En otra oportunidad estaba parada peinándose, mirando para afuera, y la sentó sobre sus piernas y le tocó los pechos, no le dio besos, salvo en los pechos.

La menor identificó al autor de los hechos como su papá, el que se llama Gerardo Guzmán.”

En lo relativo al lugar físico donde ocurrían los hechos, expresó que: “C. relata que las agresiones ocurrían en su casa, donde vivía con su familia y ocurrían cuando la madre se encontraba fuera del hogar, en horarios de trabajo, mientras sus hermanos estaban en otras habitaciones, una vez como a las tres de la tarde, otra a las seis o siete de la tarde.

Estos episodios la niña los localiza temporalmente, entre los meses de septiembre y noviembre del año 2003, y recuerda un tercer episodio cuando justo habría llegado una vecina y tocó a la puerta.

Estos hechos la menor los vivenció como un evento traumático, desarrollando sentimientos y síntomas acordes a la situación vivida. Así la menor se distanció de las visitas a la familia materna y genera estrategias para no estar en su casa. Presenta sentimientos depresivos, ambivalencia emocional y vergüenza.

Presenta, también, la menor un temor a la estigmatización en cuanto tuvo tendencia a mantener la reserva de la información en su entorno escolar respecto a la situación, como una forma de evitar

la estigmatización y rechazo social, al momento de la evaluación lo refiere y lo hace explícito.”

En referencia a los indicadores de validez del relato, dijo haber reconocido los siguientes elementos: “La niña entregó un relato consistente y coherente, manteniendo una estructura lógica en la narración. Mostrando afectación emocional concordante con el relato de los episodios abusivos. La elaboración del relato se da en forma inestructurada, pasando de un tema a otro, pero manteniendo el sentido lógico general, incluyendo detalles específicos respecto a lugar, personas y acciones que dan cuenta de los episodios y situando los hechos dentro de un contexto temporal y espacial.

En el relato de la niña observó dinámicas típicas presentes en caso de abuso sexual intrafamiliar, tales como estrategias de auto cuidado, secretismo, revelación accidental del hecho abusivo, ambivalencia afectiva ante la denuncia por las consecuencias que esto tiene en el núcleo familiar, con tendencia a responsabilizarse de la crisis familiar desencadenada luego de la revelación.

Es importante –dijo– la coherencia del relato abusivo, dado en diferentes momentos de la evaluación por C., coherencia del relato de la niña con antecedentes familiares facilitadores del hecho abusivo, como la ausencia de la madre en el hogar debido a su jornada laboral y permanencia del padre debido a cesantía prolongada.”

En la forma enunciada, el perito, seguidamente, evaluó y observó los siguientes síntomas presentes en la niña: “malestar psicológico asociado al recuerdo de los episodios que reviven emociones ligadas al abuso; la madre reportó cambios conductuales en la niña, presentando irritabilidad, agresividad, aislamiento, baja del rendimiento escolar; en el área social hubo afectación en su relación con sus pares; a nivel escolar hubo alteraciones en el rendimiento escolar; presenta sentimientos de responsabilización hacia sus hermanos menores derivados de las consecuencias de la revelación y sentimientos depresivos, angustia, tristeza, desesperanza.”

Con lo expuesto, concluyó que: “la niña presenta un relato consistente, coherente y creíble, en el que refiere una interacción sexual entre su padre legal y ella, con sintomatología reactiva asociada a la experiencia abusiva, C. fue abusada sexualmente. El abuso consistió en tocaciones y besos en los

senos y tocación de los genitales, en un tiempo de tres meses en los que habrían ocurrido tres o cuatro episodios abusivos, siendo el responsable su padre legal, Gerardo Guzmán. El relato se acompaña de afectación emocional concordante con el nivel de daño sufrido. Existe, además, una falta de motivación para realizar un falseamiento, la niña vivió consecuencias derivadas de la develación, tales como responsabilización por las consecuencias afectivas de sus hermanos menores, separación de los padres, inestabilidad familiar y económica.”

Al interrogatorio del Fiscal, luego de responder preguntas de acreditación, señaló que éste es su primera pericia, en la primera entrevista fue supervisado por su superior directo, doña Ximena Montero y la quinta entrevista la realizó en la unidad de víctimas y testigos de la Fiscalía. Hizo presente que también realizó pericia psicológica a otro miembro de la familia, Andrés Guzmán a fin de pesquisar o evaluar un presunto abuso sexual que no encontró en el niño.

El señor Querellante Particular no hace preguntas.

A las preguntas de la señorita Defensora contestó que no sabe qué es el control del sesgo y que por éste entiende una desviación. Indicó que evitó relatos inductivos en las entrevistas, por ello eran semiestructuradas, en las que había libertad para la menor en cuanto a lo que quería declarar para luego retomar parte de ese relato. También se preocupó de controlar presiones externas y la presencia de terceros. Incluyó en el informe una entrevista que realizó con un policía presente, un detective, y a petición de la niña una tía de la menor. El detective estaba a cargo de la investigación y la niña lo sabía. Esta entrevista se realizó al final de todas las anteriores y él dirigió la entrevista, y más que quitarle validez al relato, la presencia del detective la valida más aún. Esa entrevista, señaló, duró alrededor de una hora y los primeros 35 a 40 minutos la llevó él, luego hizo algunas preguntas el detective, en base a lo que la menor había dicho en una narración libre. Tiene claridad en que la entrevista se llevó adecuadamente, la iba controlando él mismo en ese momento.

Expresó que la menor tenía resistencia a declarar en la Fiscalía y no por eso se evaluó decirle a la menor que Gerardo Guzmán no era su padre, “para nada”, respondió textualmente. Indicó que al

hacer la pericia la niña ya sabía que su padre legal no era el padre biológico. Apreció que la niña manifestó una baja de la angustia al saber este hecho. Habría sido el núcleo familiar quien le informó de esa circunstancia.

Respondió que la madre acudió al centro a fines de agosto o septiembre y por políticas del centro el ámbito que le incumbió fue evaluar a la menor y a Andrés. El otro menor, Rafael, fue evaluado por doña Ximena Montero.

Contestó que la menor tenía conocimiento de que se iba a hacer la denuncia y no supo si ésta había consentido en que la madre la hiciera.

Indicó que el SBA tiene 19 criterios de veracidad, que se agrupan en cinco, y recordó que encontró trece de los 19.

Finalmente, manifestó que la menor no le refirió que le sacaran los zapatos o la ropa.

Al interrogatorio de los señores Magistrados aclaró que la menor refirió tres o cuatro episodios, lo que da mayor veracidad al relato por el tiempo pasado, sin mucho detalle, recordando lo nuclear respecto a cada uno de ellos. Habló de tres episodios, uno arriba, otro abajo y otro cuando llegó la vecina. El cuarto no lo recordaba.

III.- DOCUMENTAL.

a) Certificado de nacimiento de C.N.G.L., hija de Gerardo Haroldo Guzmán Muñoz y de Jane-th Ilse Lira Espinoza, nacida el 26 de abril del año 1991, inscrita en la circunscripción de Coyhaique.

Cabe hacer presente que la Defensa del acusado se opuso a la incorporación de este antecedente en atención a que en la carpeta investigativa existía otro certificado de nacimiento que incorporaba la circunstancia de la legitimación de la menor, sin embargo, su incidente se rechazó puesto que, de acuerdo al auto de apertura se correspondía con el ofrecido, en cuanto a la fecha de otorgamiento y no el otro, que fue acompañado por la parte querellante, sin perjuicio de no ser un instrumento original y haber sido generado por la Fiscalía computacionalmente. En lo sustancial, ambos instrumentos decían lo mismo en cuanto a la individualización de la menor, fecha de nacimiento y nombre de sus padres inscritos.

La parte del acusador particular, presentó, además, otros dos antecedentes documentales, los que se leyeron resumidamente, por acuerdo de las

partes y anuencia del Tribunal, se exhibieron a los intervinientes y se entregaron al Tribunal, consistentes en:

b) Contrato de prestación de servicios, de la madre de la menor, Janeth Ilse Lira Espinoza, con el Instituto Nacional de Estadísticas, del 17 de octubre del año 2003, por el período del 18 de octubre al 18 de noviembre del año 2003, para los efectos de realizar encuestas.

c) Nueve boletas de honorarios, desde la número 00051 y hasta la 00059, emitidas por Janeth Lira Espinoza, la primera del 1° de agosto del año 2003, por un monto de \$82.800 pesos, la última, del 19 de diciembre del año 2003, por un monto de \$80.000, la primera para el INE, y, la segunda, a nombre de la Caja de Compensación Los Héroes.

PRUEBA DE LA DEFENSA.

OCTAVO: Que, la defensa del acusado ofreció prueba, según el citado Auto de Apertura.

DOCUMENTAL.

La que se leyó resumidamente, por acuerdo de las partes y anuencia del Tribunal, se exhibió a los intervinientes y se entregó a los sentenciadores, consistente en:

a) Certificado de matrimonio del acusado con doña Janeth Ilse Lira Espinoza, celebrado el 13 de diciembre del año 1994, inscrito en Coyhaique; y,

b) Certificado de nacimiento del menor Sebastián Andrés Guzmán Cifuentes, hijo de Unice del Carmen Cifuentes Parada, nacido el 3 de enero del año 1996. No figura el nombre del padre.

HECHOS.

NOVENO: Que, en mérito de la prueba, testimonial, documental y pericial allegada por el Ministerio Público, y la de los demás intervinientes, sin perjuicio de los dichos del acusado, valorada libremente, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 295 y 297, del Código Procesal Penal, con sujeción a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, el Tribunal tiene por acreditado, plenamente, que en horas y días no determinados, entre los meses de septiembre y noviembre del año 2003, Gerardo Haroldo Guzmán Muñoz, en circunstancias que trabajaba sólo ocasionalmente, y mientras se encontraba ausente

del domicilio común la madre de C.N.G.L., hija reconocida por el acusado, a la sazón de doce años, al interior del domicilio familiar, ubicado en calle Los Mañíos número 587, departamento 307 de la ciudad de Coyhaique, realizó en la menor, al menos en dos oportunidades, conductas constitutivas de abuso sexual, la primera de ellas, en una habitación que se utilizaba como comedor, mientras la menor observaba por una ventana, es tomada por la cintura por el acusado que la tira sobre sus piernas, de forma en que la menor queda sentada sobre esas extremidades y dándole la espalda al acusado, éste, introduce sus manos bajo la ropa interior de la menor y le efectuó tocaciones en los pechos; en una segunda oportunidad, y mientras la víctima se encontraba en su dormitorio, es tendida sobre la cama, ocasión en la que el acusado repite la acción anterior sobre la menor, a la que agrega tocaciones en la vagina, procediendo, además, a subirle la ropa que cubría la parte superior del cuerpo y darle besos sobre los senos.

DÉCIMO: Que, estos hechos configuran el delito continuado de abuso sexual de una persona mayor de doce años, previsto y sancionado en el número dos del artículo 366, vigente a la fecha de los hechos, en relación al número 2 del artículo 363, ambos del Código Penal, en grado de consumado.

Los hechos deben considerarse como un delito de carácter continuado toda vez que la escueta acusación presentada, tanto por el Ministerio Público, cuanto por la Acusadora Particular, sindicando las tocaciones en los pechos y la vagina de la menor, como un solo hecho, ocurrido entre los meses de septiembre a noviembre del año 2003, pese a que, como lo pudo apreciar el Tribunal, se trató de episodios distintos, sobre los cuales el Tribunal no tuvo oportunidad de determinar cuánto tiempo medió entre ellos, de manera que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 341 del Código Procesal Penal, que consagra el principio de congruencia, y reuniéndose los requisitos que Jurisprudencialmente se han establecido, el Tribunal sancionará estos hechos como uno solo, ya que no podría, por sí y ante sí, sancionar por uno de ellos y rechazar el otro, o por los dos, excediéndose de la acusación y de lo pedido. En efecto, los acontecimientos establecidos como hechos punibles presentan una unidad de resolución criminosa, o como dicen otros autores, una conexión ideológica, o bien igualdad en la motivación.

Como fuere que se estime, el aspecto subjetivo se satisface en cuanto el autor tuvo en cada oportunidad que realizó sus acciones lascivas, una intención de satisfacer sus desviados deseos. De otra parte, en el plano objetivo, se trató de diversas acciones, constituyendo, cada una, por sí misma, un delito, hay más de una. La norma penal afectada fue siempre la misma, el bien jurídico protegido fue el mismo: la indemnidad sexual de la menor de edad. Además, aún cuando doctrinariamente se limita la concurrencia de esta clasificación del delito a los bienes personalísimos, "Se acepta, sin embargo, que puede existir continuidad en atentados en contra de bienes personales, cuando su titular es un mismo sujeto pasivo, lo que podría tener particular importancia en delitos de índole sexual repetidos en contra de la misma víctima." (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo II, tercera edición, página 341). Finalmente, y aunque no es exigencia generalizada, especialmente en el tipo de delito en análisis, el sujeto pasivo, en este caso, fue el mismo. En similares términos enseña Gustavo Labatut Glenda, en su Derecho Penal, Parte General, Tomo I, cuarta edición, página 207, cuando al definir esta figura, nos dice: "es aquel que se presenta en forma de pluralidad de acciones espaciadas en el tiempo, perpetradas por el mismo delincuente, que inciden en el mismo tipo –por lo que vulneran el mismo bien jurídico–, y que están inspiradas en el mismo propósito criminal. Supone, en consecuencia, una triple identidad: de sujeto activo, de norma penal violada y de intención criminal."

A su vez, concurren, en plenitud, los requisitos del tipo penal que nos ocupa. La edad se encuentra acreditada por el pertinente certificado de nacimiento de la víctima que acredita que C.N.G.L., nació el 26 de abril del año 1991, así, a la fecha de ocurrencia de los hechos, septiembre a noviembre del año 2003, tenía, al primero de los meses enunciados, 12 años con cuatro meses de edad. En efecto, se ha violentado la indemnidad sexual de una menor de edad, se ha acreditado la afectación del bien jurídico que se protege y el sujeto pasivo. Ha existido un abuso, es decir una conducta impropia o indebida y deshonesta de alguien que se prevalió de una relación de dependencia de la víctima ya que el agresor se encontraba encargado de su custodia, educación y cuidado. Recordemos que el victimario, desde los tres años de edad, según sus propios dichos, se convirtió legalmente en el padre al practi-

car reconocimiento y legitimación de la menor, quien siempre lo tuvo por tal. El acusado, en los hechos, aún sostiene considerarse el padre aunque no la haya engendrado.

La madre se encontraba ausente, trabajando. Circunstancias acreditadas con la documental del Ministerio Público, pertinente certificado de nacimiento; y de la querellante, que acompañó contrato de prestación de servicios a honorarios y de boletas emitidas por Janeth Lira, precisamente, en los meses que ocurrieron los hechos; con los dichos de la madre, que, al respecto, dijo que a su esposo lo despidieron en el año 2000 de la Minera El Toqui, a esa fecha realizaba trabajos esporádicos y ella realizaba encuestas para el I.N.E., saliendo de su domicilio a las cinco de la mañana y retornaba al hogar alrededor de las 22:00 horas; con el testimonio del acusado que indicó que fue despedido por reducción de personal de la Minera en el año 2001 y luego hacía trabajos esporádicos de gasfitería y carpintería, los que dependían en el tiempo de duración y cuando no tenía trabajo se quedaba en la casa; además la menor víctima que refirió que en el año 2003 su papá estaba sin trabajo y que cambió hartó.

El acusado realizó sobre la menor acciones sexuales, distintas del acceso carnal, consistente en tocarle los pechos, con las manos, y bajo su ropa, y además, en otra oportunidad le besó los senos, le tocó los pechos y la vagina –"como apretando", dijo la víctima–, vale decir, ejecutó, en el cuerpo de la víctima, hechos con significación sexual y relevantes, en los términos del artículo 366 ter del Código Penal.

Estas acciones se desprenden, sin lugar a dudas, por los dichos de la menor víctima, a la que el Tribunal le confiere plena credibilidad toda vez que sus dichos impresionaron como absolutamente veraces, libre de interferencias externas y coherentes con el resto de la prueba producida. Sus dichos se mantuvieron en el tiempo y en similar forma fueron relatados al perito y testigos los que los reprodujeron en la audiencia de Juicio Oral en términos parecidos, incluso en la difícil relación que de ellos hace la víctima a los miembros de este Tribunal, con un par de episodios de llanto contenido que le afectaron durante el relato.

C.N.G.L., sucintamente y en lo pertinente, en estrados, manifestó que el acusado, al menos en dos

oportunidades le acarició lascivamente, en una, los pechos, cuando le pidió permiso para salir y le fue negado, miraba por una ventana, es tomada por la cintura y sentada sobre las piernas del padre quien, bajo las ropas, le acaricia los pechos. En la segunda ocasión, mientras estaba en su pieza, la tendió sobre la cama, le acarició con la mano la vagina y los pechos y, además, éstos se los besó, subiéndole la ropa, incluidos los sostenes, para realizar la acción.

Estos hechos, los reproduce parcialmente la madre de la menor, Janeth Ilse Lira Espinoza, toda vez que dijo que el relato de la menor fue escueto y no quiso ahondar en más detalles. La misma víctima hizo presente al Tribunal que no quiso que la madre supiera mucho para que no se entristeciera más. Circunstancia que el perito psicólogo ratifica en cuanto, en el relato, la menor fue explícita en orden a que sus dichos no fueran confidenciados a su entorno escolar.

Los dichos de la madre los reproduce el Subcomisario de Investigaciones Carlos Olate. El Subcomisario Raúl Ramos, de la misma policía, reproduce, con algunas variantes, la versión de la menor, en cuanto refiere los hechos que escuchó en entrevista que realizó el psicólogo Abarca y sobre los cuales él pidió algunas precisiones, manifestando, en definitiva, que la menor le relató que el acusado le tocaba los pechos y la vagina y en una oportunidad le obligó a tocarle el pene, lo que sucedía sobre la cama de la menor mientras estaba acostada, las tocaciones se realizaban bajo la ropa.

El acusado, según la versión que dio en estrados, negó la existencia de estos hechos. Sin embargo, la madre de la menor, relató que enterada accidentalmente de los hechos, día 13 de mayo del año 2004, en los momentos en que había una discusión de su hija con su marido –la menor explica que quería ir al colegio con falda y el padre insistió que fuera con pantalones por el frío y bajo amenaza de golpearla con un fierro, le habría dicho que si le pegaba le diría a su madre lo que le había hecho el año pasado– escucha una amenaza de su hija al progenitor presunto, espera que se retiren los niños e interroga al marido, le evade y luego le confesó que le había agarrado el potito y la vagina producto de una confusión al creer que estaba con ella.

El testigo Carlos Tulio Saavedra Watson, sacerdote de la Iglesia de Los Santos de los Últimos Días, conocida como “Mormona”, manifestó que, se

enteró de los hechos, en mayo del año 2004 aproximadamente, porque en una entrevista con el acusado éste le manifestó desavenencias conyugales producto de sus infidelidades y problemas económicos y pedía ayuda para su familia a la Iglesia en su carácter de Presidente de la rama Coyhaique. Acudió a la casa de su hermano y la esposa de éste, Janeth Lira, y ésta le cuenta los hechos que se han relatado. Sostuvo dos entrevistas más con el acusado quien, llorando le confesó que había tocado impropriamente a C. en sus genitales y partes íntimas en más de una oportunidad, tocaciones con carácter sexual. Que, además, el acusado le contó que cuando era pequeño, y mientras estaba interno, fue objeto de abusos con connotación sexual, también. Estos hechos se los relataron mientras en una entrevista, no confesión propiamente tal, de carácter reservado, quedando a su libre albedrío si los daba a conocer o no, lo que estimó de corazón, como hombre y con la ayuda del Señor y se decidió a hablar porque había una menor involucrada.

Por su parte, el perito Marcelo Abarca Casanova, a pesar de que era ésta su primera pericia, impresionó favorablemente al Tribunal como un profesional dedicado y objetivo, que dio suficientes argumentos, de ordinaria ocurrencia, comunes a este tipo de situaciones, y que reprodujo lo sustancial del relato de la menor que evaluó, relato que coincide con lo expresado por la víctima en estrados, y con las cuatro entrevistas que realizó, a la que sumó, como un antecedente más, una quinta entrevista que debió realizar frente a la presencia del Subcomisario Ramos y a una tía de la víctima, por la resistencia de la menor a declarar en una oportunidad previa, concluyendo que la menor presentaba un relato consistente, coherente y creíble, en el que refiere una interacción sexual entre su padre y ella. Con sintomatología reactiva asociada a la experiencia abusiva, por lo que, manifestó, existen indicadores significativos de que C. habría sido víctima de abuso sexual por parte de su padre, abuso que consistió en tocaciones y besos en los senos y genitales, con una temporalidad de tres meses, durante los cuales habrían ocurrido tres o cuatro episodios abusivos, siendo el responsable el padre, que la menor identifica como Gerardo Guzmán.

El perito explicó que el relato de C.G. se acompañaba de afectación emocional concordante con el nivel de daño sufrido, comprobando la falta

de motivación para realizar un falseamiento.

El sujeto activo del delito, un hombre, se encuentra en la persona de Gerardo Haroldo Guzmán Muñoz, determinado por los dichos de la víctima, menor que sindicada exclusivamente al acusado y que individualiza como "su padre" o "Gerardo Guzmán", circunstancia que se agotará en el capítulo siguiente, sobre la participación del acusado.

PARTICIPACIÓN.

UNDÉCIMO: Que, se ha acreditado la participación culpable y penada por la ley, del acusado GERARDO HAROLDO GUZMÁN MUÑOZ, en el delito de abuso sexual, a través de la declaración de los testigos presentados por el Ministerio Público y pericial, explicitada en los considerandos precedentes, la que apreciada en conformidad a lo dispuesto en los artículos 295 y 297, del Código Procesal Penal y fuera de toda duda razonable han producido en el Tribunal la convicción ya señalada, dado que no contradice los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, determinándose respecto del acusado participación de autor ejecutor directo del artículo 15 número 1 del Código Penal, toda vez que actuó en la comisión del hecho de una manera inmediata y directa, dada la circunstancia de haber sido sindicado especialmente por la menor, al que siempre individualizó, en algunas ocasiones como a su padre, y, en otras, como Gerardo, correspondiendo ambos a la persona de Gerardo Haroldo Guzmán Muñoz, el acusado.

Igualmente, pese a la negativa del acusado de haber realizado los hechos que se le imputan, los dichos de Janeth Lira, que dijo haber oído de boca del acusado el reconocimiento de que a C. le había tocado el potito y la vagina, por una parte; y, por otra, los dichos del testigo Carlos Saavedra, en cuanto, también, declaró haber oído en dos ocasiones, de las tres que se entrevistaron, que el acusado le reconoció haber efectuado tocaciones impropias de carácter sexual a su hija C., consistente en tocaciones en los genitales y los pechos, y en varias oportunidades.

El Tribunal confiere valor a estos dos testigos de oídas toda vez que no apreció motivos para que falsearan sus dichos, se presentaron coherentes y dieron credibilidad en las afirmaciones que hicieron.

DUODÉCIMO: Por lo razonado precedentemente, y en consecuencia, no se hará lugar a la solicitud de la defensa, en el sentido de la absolución del acusado, teniendo para ello presente, que lo único que aportó la defensa fueron objeciones irrelevantes a los medios de prueba producidos e incorporados, objeciones que a ratos resultaron impertinentes con lo sustancial del fondo del asunto. Seguidamente, no presentó ninguna prueba que pudiera sentar en el Tribunal alguna duda acerca de las afirmaciones del perito o las declaraciones de los testigos o el mérito que arrojaron las documentales del Ministerio Público y la acusadora particular.

El acusado justificó la denuncia como una reacción de venganza de la madre de C.G. al enterarse de sus infidelidades, producto de una de las cuales tuvo un hijo, con una mujer que no quiso identificar durante la investigación ni en Juicio en atención a que su amante es una mujer casada. Lo cierto es que la denunciante en estos hechos con mucha anterioridad se había enterado de estas aventuras de su marido, ya desde el año 1994, dijo, fecha en que contrajeron matrimonio, una mujer seguía a su marido, iba a las cercanías de su casa, dejaba mensajes escritos en el automóvil de su esposo, y vio dicho vehículo estacionado, por horas, afuera del domicilio de dicha mujer. Más adelante de su vida conyugal y mientras se encontraba en la consulta del Pediatra confirmó la existencia del hijo extramatrimonial de su marido, el que, presuntamente correspondería a la persona que se identifica con el certificado de nacimiento que acompañó la Defensa. Así, entonces, habiendo contraído matrimonio en el año 1994, acreditado con el pertinente certificado, la razón que esgrime el acusado, venganza por infidelidad, se ve desvirtuada por la aceptación de la cónyuge para con el comportamiento del marido, el que, en todo caso, a partir de que comenzó a asistir a la Iglesia, en el año 2003 aproximadamente, Janeth Lira declaró que, por primera vez estaban bien como pareja, con más armonía y los problemas económicos, por la cesantía de su pareja, no parecían tan relevantes: conversaban, él jugaba con los niños, era como lo ideal. Duró hasta que ella se enteró de lo que le hizo a C., menos de un año. Si la denuncia se atribuye a venganza, ésta aparece tardía y pasa constituirse como una mera justificación, máxime si se relaciona con los dichos del mismo acusado vertidos a su guía espiritual, en cuanto luego de confesarle las

impropias tocaciones de contenido sexual que en varias oportunidades realizó sobre su hija, le relata que cuando pequeño y mientras estaba interno fue, por largo tiempo, abusado sexualmente, también. Sea o no cierta esta última afirmación, lo natural es que ello tampoco justificaría su accionar puesto que la niña ninguna responsabilidad tenía.

La Defensa, igualmente, hace hincapié sobre la tardanza en la denuncia, la madre se entera de los hechos en mayo del año 2004 y los denuncia en octubre del mismo año, cinco meses después de la develación. La testigo Janeth Lira explicó dicha circunstancia en cuanto a que cuándo supo los hechos “no sabía qué hacer, no sabía cómo proteger a mi hija, con culpa por no haber estado ahí, pensé en llevarla a un médico para que la escuche. Me quedó la duda de si la había violado o le hubiera hecho algo a los otros niños. No atinaba a hacer nada. Otro hijo estuvo hospitalizado hasta el 21 de mayo del año 2005, ahí aterricé de lo que tenía que hacer.” Trató de conseguir un psicólogo en Puerto Aysén y en Coyhaique, hasta que, por casualidad, se encontró con un ex compañero de carrera, profesor, le confidenció sus problemas, quien le sugirió hablara con doña Ximena Montero para hacer la denuncia, ello ocurrió en el mes de septiembre del año 2004. “La llevé al Cepij y me indicaron que debía hacer la denuncia en Fiscalía, les pedí tiempo porque yo quería proteger a la C., emocionalmente no estaba bien y no quería verla pasar por algo tan horroroso, no estaba preparada y tampoco yo.”

Es claro que la denunciante tuvo más de un motivo para dilatar la decisión de denunciar, por angustia, temor, desconocimiento y soledad. No todas las personas reaccionan de igual manera a los estímulos externos, y aún cuando la denuncia se hubiere prolongado en el tiempo, ello no es jurídicamente relevante como para atribuir segundas intenciones ni para relativizar la conducta del marido.

Surge, igualmente como irrelevante, el que las declaraciones de testigos en estrados no sean absolutamente coincidentes con lo declarado ante Fiscal o Policías, y que las versiones entre ellos tampoco se ajusten con exactitud. Ello, por las máximas de la experiencia, será siempre igual, que difieran en detalles pero no transforma la prueba en elementos que la hagan desmerecer; en lo sustancial; el hecho de los abusos, tocaciones y besos en los pechos, tocaciones en la vagina, en más de una oportunidad, en

una determinada época y lugar, respecto a la persona del ofensor y ofendido, es lo realmente determinante del tipo penal y la participación que al acusado se le atribuye.

Que el testigo Carlos Tulio Saavedra Watson haya violado el secreto de confesión en su carácter de sacerdote de la Iglesia de los Santos de los Últimos Días, como lo sostiene la Defensa, no le quita validez a su declaración. De hecho, el propio testigo manifestó que en su orden no hay confesiones en el sentido que las entiende la Iglesia Católica Apostólica y Romana, sujeta a las normas del Derecho Canónico, en su orden, hay entrevistas reservadas, cuyo contenido debe quedar en privado, por ello, cuando declaró el testigo en Fiscalía por primera vez, diciembre del 2004, no firmó dicha declaración hasta hablar con el Presidente del Distrito, que abarca toda la Undécima Región, el que, también, consultó con otras autoridades eclesíásticas en la ciudad de Osorno, quienes le informaron que se trataba de una decisión personalísima, por ello, oró al Señor y sintió en su corazón el deber como hombre, que debía declarar, por ello en abril del año 2004 nuevamente es citado a declarar y firmó la declaración que ahora, en estrados, repitió, aún advertido de acuerdo al artículo 303 del Código Procesal Penal, de su facultad de abstenerse de declarar en razón del secreto de confesión. Dicha disposición establece una facultad para ciertos testigos que detentan determinada posición, pero, la obligación principal que tiene el testigo es la de declarar con la verdad, pudiendo abstenerse si está en alguna situación predeterminada positivamente, pero como facultad, tiene el derecho a ejercerla o no, valorando el Tribunal, de acuerdo a las normas generales, su credibilidad, la que, como se advirtió previamente, el Tribunal no la vio afectada sino que constituyó importante elemento de análisis para la decisión a la que se arribó. El no uso de la abstención de declarar por el motivo citado, no constituye un delito o falta que lo desacredite como testigo, será su conciencia, su Iglesia o el Ser Superior quien podrá o no cuestionarle, pero no la Justicia que ejercen estos Jueces.

La supuesta falta de diligencias del Detective Olate el Tribunal no las ve como tales. Primeramente, la circunstancia de no haber averiguado sobre la identidad de la persona de la amante del acusado sólo la podía dar éste y no lo hizo, y difícilmente pudo averiguar de la existencia del presunto hijo

extramarital de Gerardo Guzmán, si fue inscrito, aparentemente, sólo por la madre. Que averiguara o no de otras denuncias que se habían hecho por abuso sexual en la familia de la denunciante, no aparece como un antecedente importante para el juzgamiento de la presente causa, a lo más, podría constituir omisión administrativa que debió ser el Fiscal a cargo de la investigación quien debió observarla. En este punto llama la atención de los Magistrados que se le imputaran diligencias investigativas que nunca fueron encargadas y que el Fiscal manifestó expresamente, nunca lo fueron, cual es el caso de la presunta investigación de los motivos que tuvo la madre de la menor para dilatar la denuncia entre la fecha de develación de hechos y aquella en que la concretó. Este testimonio fue, también, considerado por los Jueces para dar su decisión.

Tampoco aparece relevante que a la menor se le haya informado, por una tía, ratificado por la madre luego, que Gerardo Guzmán no era su padre biológico. Aparece, de los antecedentes, más bien como una acción humanitaria y con el objeto de que la menor disminuyera su estado de angustia e incredulidad en cuanto no podía entender el por qué su padre actuaba así con ella. Esa información no determinó que la menor se decidiera a declarar, significó una disminución de la carga emocional que llevaba y no hace variar el contenido y credibilidad de sus dichos.

MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD.

DÉCIMO TERCERO: Que, en lo relativo a la minorante de responsabilidad reconocida por el Ministerio Público y Querellante, la del número 6 del artículo 11, del Código Penal, atendido el mérito que arroja la única convención probatoria a la que arribaron las partes, que el acusado se encuentra exento de reproche judicial, el Tribunal accederá a reconocerle la citada atenuante.

Que, en lo que respecta a la agravante que solicita el querellante, la contemplada en el artículo 13 del Código Penal, por afectarle vínculo de paternidad al victimario respecto a la víctima, el Tribunal no la tiene por concurrente por considerar que dicha circunstancia, de ser el acusado el padre inscrito de la menor, sin que medie vínculo de consanguinidad, según los dichos de éste y la madre de la menor, se encuentra inserta ya en el tipo por el que se le ha sancionado al hacer la relación del número dos del

artículo 366, con el numeral segundo del artículo 363, ambos del Código Penal, de manera que considerarla constituiría una doble sanción que nuestro Derecho prohíbe, especialmente según lo preceptuado en el artículo 63 del cuerpo legal citado. El texto de los artículos 363 y 366, ya mencionados, se ajustan en su tenor previo a las modificaciones introducidas por la ley 19.927, del 14 de enero del año 2004.

DETERMINACIÓN DE LA PENA.

DÉCIMO CUARTO: Que, en la forma en que se ha razonado, habiéndose acreditado al encartado GERARDO HAROLDO GUZMÁN MUÑOZ, participación en calidad de autor directo en el delito de abuso sexual previsto y sancionado por el número dos del artículo 366, en relación al numeral segundo del artículo 363, ambos del Código Penal, en grado de consumado, que señala una pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, favoreciéndole una atenuante de responsabilidad y sin agravantes y atendido lo dispuesto en el artículo 68 inciso segundo, del Código citado, el Tribunal, no pudiendo aplicar la pena en su grado máximo y estimándose condigno al mal producido con el delito, se la impondrá en su grado mínimo, y dentro de éste, en la parte superior, por considerarse condigno a la naturaleza y circunstancias que rodearon la comisión del ilícito, se trató de la afectación de una niña por parte de quien ella siempre creyó era su padre "el mejor del mundo" dijo.

DE LAS COSTAS.

DÉCIMO QUINTO: Atendido lo dispuesto en el artículo 45 y siguientes y 342 del Código Procesal Penal, se condenará en costas al acusado.

BENEFICIOS DE CUMPLIMIENTO ALTERNATIVO DE LA PENA.

DÉCIMO SEXTO: Que, cumpliendo el acusado con los requisitos que la ley establece en el artículo 4 de la ley 18.216, esto es la pena que se le aplicará, la que no excederá de tres años, a que no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, a que sus antecedentes personales, conducta anterior y posterior al delito, hacen presumir que no volverá a delinquir, todo lo cual hace innecesario un cumplimiento efectivo de la pena corporal, el Tribunal le beneficiará con el cumplimiento alternativo, de la remisión condicional de la misma.

Que, atendidas las consideraciones expuestas precedentemente y lo dispuesto en los artículos 5 y 19 número 3 de la Constitución Política de la República, en los artículos 1, 4, 36, 37, 45, 47, 52, 295, 296, 297, 302, 303, 309, 319, 325, 332, 333, 338, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 348, y 468 del Código Procesal Penal y artículos 1, 7, 11 número 6, 14 número 1, 15 número 1, 24, 30, 50, 68 inciso segundo, 69, 363 número 2, 366 número 2, 366 ter, 370 bis y 372 del Código Penal, ley 18.216 y su Reglamento, y Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia del diez de enero del año 2001, **SE DECLARA:**

I.- Que, se hace lugar a la acusación del Ministerio Público y del Acusador Particular y, en consecuencia, **SE CONDENA, CON COSTAS** de la causa a **GERARDO HAROLDO GUZMÁN MUÑOZ**, cédula nacional de identidad número 8.014.312-5, ya individualizado, a cumplir la pena de **QUINIENTOS DÍAS** de **RECLUSIÓN MENOR EN SU GRADO MÍNIMO**, como **AUTOR** del delito de abuso sexual contemplado en el número dos del artículo 366, en relación al numeral segundo del artículo 363, ambos del Código Penal, perpetrado en horas y días indeterminados, entre los meses de septiembre a noviembre del año dos mil tres, en la ciudad de Coyhaique, calle Los Mañíos número 587, departamento número 307, en la persona de la menor, C.N.G.L., de doce años y cuatro meses de edad, en grado de consumado.

II.- Que, se le imponen, además, las siguientes accesorias:

- a) La privación de la patria potestad si la tuviere o la inhabilidad para obtenerla, si no la tuviere, y, además, de todos los derechos que por el Ministerio de la ley se le confirieren respecto de la persona y bienes de la ofendida, de sus ascendientes y descendientes, debiéndose dejar constancia mediante subinscripción que se practicará al margen de la inscripción de nacimiento de la menor C.N.G.L.. Conserva el sentenciado, en todo caso, todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio de la víctima o sus descendientes.
- b) La de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.
- c) Además, considerando lo dispuesto en el artículo 372 del Código Penal, en su redacción previa a la dictación de la ley 19.927, queda también

condenado a sufrir la pena de interdicción de ejercer la guarda y ser oído como pariente, en los casos que la ley designa, y la de la sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los tres años siguientes al cumplimiento de la pena principal, la que consistirá en informar a Carabineros, cada tres meses, de su domicilio actual.

III.- Que, como se ha razonado precedentemente, se le concede al sentenciado el beneficio de cumplimiento alternativo de la pena corporal impuesta, consistente en la remisión condicional de la pena, sujeto a la discreta observación y asistencia del sentenciado por la autoridad administrativa por el lapso de quinientos días, debiendo cumplir con las demás condiciones del artículo 5 de la ley 18.216. Para el evento de que el beneficio otorgado le fuere revocado, deberá cumplir íntegramente la pena corporal inicialmente impuesta, desde que se presente o sea habido, toda vez que del tenor del Auto de Apertura en su motivo Décimo tercero, se indicó que el sentenciado no ha sufrido privación de su libertad con el motivo de la sustanciación de la presente causa.

IV.- Que, ejecutoriada que se encuentre la presente sentencia se oficiará al señor Juez de Garantía de Coyhaique, a fin de que proceda a ejecutar lo resuelto de conformidad a lo dispuesto en los artículos 14 letra f) y 113, ambos del Código Orgánico de Tribunales y artículos 466 y siguientes del Código Procesal Penal, a quien se le deberá adjuntar copia del fallo, con el atestado de hallarse firme.

Devuélvase a los intervinientes la prueba documental y material allegada a la audiencia de Juicio Oral, bajo recibo y dése copia de la presente sentencia, si así fuere solicitado.

Regístrese, y, oportunamente, archívese.

Se previene que el Magistrado titular don Luis Rolando del Río Moncada concurre al voto de mayoría pero, en atención a los antecedentes anteriores del sentenciado y a la naturaleza de los hechos acreditados, fue de la opinión de condenar a Gerardo Haroldo Guzmán Muñoz a la pena de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo con más las accesorias de ley, y, consecencialmente, de sujetarle al cuidado y asistencia de la autoridad administrativa por el plazo de un año.

Redactado, el voto de mayoría, por el Juez Titular don Pedro Alejandro Castro Espinoza, el de prevención, por su propio autor.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 37 del Código Procesal Penal, se deja constancia que no firma la presente sentencia el Juez Titular don Sergio Gustavo Vásquez Parra, quien concurrió a la decisión a la que el Tribunal arribó, como al presente acuerdo, por encontrarse en uso de su feriado legal.

Rol Único de Causa Número 0400370707-0.-

Rol Interno del Tribunal número 40-2005.-

Pronunciada por los Jueces de la Sala Única del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, don Sergio Gustavo Vásquez Parra, don Pedro Alejandro Castro Espinoza y don Luis Rolando Del Río Moncada. Da fe, doña María Jesús Bravo Hinojosa, Ministro de Fe subrogante.

- **Declara que un delito se encuentra en grado de tentado desde que se realiza cualquier acción directa, unívoca y eficaz para la ejecución del ilícito.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó a los imputados como autores del delito de robo en lugar habitado en grado de tentado, sosteniendo la concurrencia de las agravantes del artículo 12 N° 16 y 456 bis N° 3 del Código Penal. La Defensa no rebatió los hechos, pero solicitó su recalificación al delito de daños simples, argumentado que había faltado un principio de ejecución que condujera al delito por el cual acusó la Fiscalía. Solicitó, también, se acogiera la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Punitivo, dada la suma que uno de los acusados, pese a su precaria condición económica, puso a disposición de la víctima. El Tribunal tuvo por acreditada la ocurrencia del ilícito, estimando que éste se encuadraba dentro de la figura típica de robo en lugar habitado, toda vez que, dadas las máximas de la experiencia, sólo era posible concluir que tres sujetos que son sorprendidos de noche con destornilladores de paleta forzando la chapa de una casa, portando además una mochila vacía, actuaban con el dolo de sustraer especies desde el lugar. En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal invocadas por las partes, éstas fueron todas acogidas. La primera, por cuanto se demostró que uno de los imputados registraba tres condenas previas por el delito de hurto, con sus penas cumplidas. La segunda, porque actuaron entre varios, buscando con ello asegurar tanto el resultado de su actuar, como su impunidad. Finalmente, la tercera, porque con el informe social presentado se demostró la precaria situación del consignante, además de haber manifestado la víctima estar conforme con el monto.

Texto completo:

Chillán, diecinueve de noviembre de dos mil cinco.

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha 16 de noviembre último, ante esta Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, integrada por los jueces don Oscar Ruiz Paredes, quien la presidió, don Jorge Muñoz Guíñez y doña Claudia Montero Céspedes, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral relativa a la causa Rol Interno N° 69/2005, a la que se acumuló el rol interno N° 78/2005, seguida en contra de **JUAN FRANCISCO PALAVECINOS PACHECO**, C.I. N° 14.025.631-5, sin oficio, soltero, 24 años, con domicilio en Población Nueva Río Viejo, Pasaje Humapalca N°1855 de Chillán; y de **FELIPE ENRIQUE SANDOVAL MEDINA**, C.I. 16.496.482-5, comerciante, soltero, 18 años, con domicilio en Población Nueva Río Viejo, calle Los Cerezos N° 135, Chillán, actualmente ambos en prisión preventiva en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad.

El Ministerio Público, parte acusadora, estuvo representado por los Fiscales doña Patricia Suazo Muñoz y don Gonzalo Álvarez Barrientos, domiciliados en calle Libertad N° 213 de Chillán.

La defensa de los acusados estuvo a cargo del Defensor Penal Público don Ricardo Robles López, con domicilio en Constitución N° 422 de Chillán.

SEGUNDO: Que, los hechos materia de la acusación, según se lee en los autos de apertura de juicio oral, son: “El día 13 de mayo de 2005, aproximadamente a las 20:50 horas, los acusados concurren al domicilio ubicado en calle Colón N° 355, de esta ciudad, de propiedad de don José Alejandro Espinoza Espinoza, siendo sorprendidos por Carabineros al momento que forzaban la puerta de entrada de dicho domicilio, con destornilladores que utilizaban como palanca, dándose a la fuga Sandoval Medina, siendo detenido en calle esquina Covadonga con Vicuña Mackenna. En el lugar explicaron que conocían al dueño de casa y querían arrendarle una pieza para Rojas Morales. Al ser registrados los detenidos, a Palavecinos Pacheco se le encontró en

el bolsillo izquierdo de uno de sus pantalones un destornillador marca Stanley, negro con amarillo, y una mochila marca Dakota vacía; a Rojas Morales se encontró una cortaplumas color rojo, con hoja de siete centímetros, en el bolsillo derecho del pantalón y a Sandoval Medina, en su casaca, un destornillador color verde de 9,5 centímetros de empuñadura y 11,5 de punta".

En concepto de la Fiscalía los hechos descritos configuran el delito de robo en lugar habitado, en grado de tentado previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal, correspondiéndole a los imputados, participación en calidad de autores.

Estima la Fiscalía que no favorece al acusado Juan Francisco Palavecinos Pacheco, ninguna circunstancia atenuante de responsabilidad penal y pero sí concurren respecto de éste las siguientes agravantes: la contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, esto es, ser reincidente en delito de la misma especie y la agravante del artículo 456 bis N° 3 del mismo cuerpo legal, esto es, ser dos o más los malhechores. Respecto del acusado Felipe Enrique Sandoval Medina, concurre la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N° 6 del Código Punitivo, esto es, irreprochable conducta anterior y concurre la agravante del artículo 456 bis N° 3 del mismo texto legal.

El Ministerio Público solicita se imponga al imputado JUAN FRANCISCO PALAVECINOS PACHECO la pena de SIETE AÑOS Y CIENTO OCHENTA Y CUATRO DÍAS de presidio mayor en su grado mínimo y al acusado Felipe Enrique Sandoval Medina, la pena de CINCO AÑOS Y UN DÍA de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias respectivas, en sus calidades de autores del delito de robo en lugar destinado a la habitación, en grado de tentado.

TERCERO: En su **alegato de apertura**, el Ministerio Público ratificó la acusación, insistiendo que se está en presencia del delito de robo en lugar destinado a la habitación, en grado de tentativa, y no del delito de daños simples como alegará la defensa. Con la prueba anunciada ofrece probar la existencia del ilícito por el cual formuló acusación y por ende la participación de los acusados.

Que, la defensa de los enjuiciados, en su **alegato de apertura**, señaló que no discute los hechos,

pero solicita su recalificación como constitutivos del delito de daños simples. No hubo tentativa porque no existió principio de ejecución, en los términos del artículo 7 inciso 3° del Código Penal. El principio de ejecución exige hechos directos e inequívocos en orden a ejecutar una acción de carácter parcial que desarrolle el verbo rector del tipo penal. El Ministerio Público no podrá probar que los acusados entraron a la casa, porque no lo hicieron. Tampoco se podrá acreditar que se hubiesen apropiado de especies. Una apreciación subjetiva de la conducta de los acusados conducirá a una recalificación.

A su vez, en el **alegato de clausura** la Fiscalía expuso que, tal como lo prometió en la apertura, estima que con la prueba rendida se estableció la existencia del delito materia de la acusación y la participación que en los hechos les cupo a los imputados. Estos fueron sorprendidos en situación de flagrancia, mientras intentaban ingresar a un inmueble que se encontraba habitado. Fueron sorprendidos cuando intentaban vulnerar los dispositivos de seguridad de la propiedad. Los enjuiciados pasaron del pensamiento a la acción, al intentar vulnerar la cerradura con el claro propósito de sustraer especies ajenas. Al ser sorprendidos intentaron ocultar los objetos que portaban, destornilladores. Además, Palavecinos llevaba una mochila vacía la que estaba claramente destinada a llenarlas con especies de la víctima. Los daños producidos en la puerta, tuvieron un dolo directo, el de robar.

Solicita la aplicación de las penas indicadas en la acusación. Reitera la concurrencia, respecto de ambos, de la circunstancia especial del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal. Además, perjudica a Palavecinos la agravante contemplada en el artículo 12 N° 16 del mismo texto legal. Favorece a Sandoval la minorante del artículo 11 N° 6 del Código ya citado.

En su **alegato de cierre** la defensa expuso, que para recibir una sanción tal alta como la requerida por el Ministerio Público hay que hacer algo de relevancia jurídica. Se pregunta ¿qué tenemos? La Fiscalía intenta que su pretensión sea acogida, en base a tres "picotones" en una puerta. ¿Es eso suficiente para imponer una pena tan severa? El artículo 440 N° 1 indica como verbo rector "entrar", sus representados no entraron a la casa. De estimarse que en este caso existe un robo en lugar habitado se estaría vulnerando el principio de legalidad. No

hubo fuerza, la cerradura de la puerta estaba intacta. Por otra parte, alega en favor de Sandoval la minorante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, es decir, la irreprochable conducta anterior. Con relación a Palavecinos invoca la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 7 del mismo Código, la que funda en las consignaciones que alcanzaron a la suma total de cincuenta mil pesos. Estos depósitos significaron un gran esfuerzo para su representado, ya que tal como consta del informe socioeconómico, incorporado en la audiencia, él y su familia pertenecen a un nivel socioeconómico bajo. Haciendo presente que la víctima al ser concontrinterrogado aceptó que se conformaba con la suma depositada para reparar los daños. En lo que respecta a las agravantes invocadas por el persecutor, considera que no se probó la del artículo 12 N° 16 del Código Penal, porque no se incorporó al juicio el certificado de cumplimiento de condena, además, que tampoco procedería al recalificarse los hechos como de daños simples, al igual que la agravante especial del artículo 456 bis N° 3. Insiste que no hubo principio de ejecución, sólo existió un acto preparatorio. La teoría objetiva exige que se haya realizado una parte del tipo penal, de la acción misma. Deben ser actuaciones inequívocas. Sus representados no entraron, no se apropiaron de ninguna especie. Pide que se dé por cumplida la pena aplicable a Palavecinos con el tiempo que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad, y que se conceda a Sandoval el beneficio de la remisión condicional de la pena.

En su **réplica** el Ministerio Público indicó que éste no es el juicio de "los tres picotones", como lo indicó la defensa. Los acusados trataron de entrar a la casa de la víctima. Lo que la Fiscalía ha traído a juicio es justamente un robo tentado. Agrega que son plenamente aplicables las agravantes invocadas. En lo tocante a la atenuante del artículo 11 N° 7 alegada a favor de Palavecinos, no se encuentra acreditado el celo ni el origen del dinero.

CUARTO: Que los encausados **PALAVECINOS PACHECO** y **SANDOVAL MEDINA** hicieron uso de su derecho a guardar silencio.

QUINTO: Que, las partes alcanzaron las siguientes convenciones probatorias:

A) Que el acusado Felipe Enrique Sandoval Medina carecía de anotaciones prontuariales pretéritas al momento de comisión de los hechos.

B) Los intervinientes están contestes en reconocer al imputado y acusado presente en audiencia como Felipe Enrique Sandoval Medina, que corresponde al indicado por el Ministerio Público y también formalizado.

SEXTO: Que es necesario hacer presente que durante la audiencia sólo fue objeto de controversia, la calificación jurídica de los hechos materia de las acusaciones, es decir, no fue discutido ni se desconoció que los enjuiciados fueron sorprendidos el día, hora y lugar indicados por el persecutor, por motoristas de carabineros que efectuaban un patrullaje de rutina, cuando forzaban la puerta principal; que al ser registrados cada uno de éstos portaban un destornillador los que al percatarse de la presencia de carabineros ocultaron entre sus vestimentas; que un tercer individuo llevaba una cortaplumas y que Palavecinos cargaba una mochila vacía.

SÉPTIMO: Que, no obstante lo establecido en el motivo precedente, el Ministerio Público rindió la siguiente prueba:

Declaración de la víctima **José Espinoza Espinoza**, quien expresó que ese día se acostó temprano. Que se encontraba durmiendo en su casa cuando fue alertado por una vecina, quien lo despertó y le dijo que estaban los carabineros porque habían intentado entrar a la vivienda. Salió por un callejón y con la llave abrió la puerta, la que tenía unos picotones y un sacado. No sabe por qué le hicieron los "picotones", agregando que, con alguna mala intención lo harían. Le exhibieron tres de las fotografías ofrecidas como prueba documental por el persecutor, reconociendo sólo en la signada con el N° 1 su casa. De las otras, manifiesta que se ve poco y que no sabe lo que es. Al concontrinterrogatorio, señala que ese día estaba durmiendo. La puerta principal, estaba cerrada con llave. No le sacaron especies, porque no pudieron abrir. Manifestó que se conforma con que le paguen cincuenta mil pesos por los daños que sufrió.

El atestado de los funcionarios de Carabineros **Cristián Dastres Orellana** y **Marcelo Villanueva Constanzo**, los que estuvieron contestes en que el día 13 de mayo del 2005, aproximadamente a las 20:50 horas, cuando realizaban un patrullaje motorizado, sorprendieron en calle Colón a tres jóvenes, dos tratando de forzar la puerta de un domicilio y el otro como tapándolos, los que al percatarse de la

presencia policial ocultaron unas especies entre sus vestimentas. Los revisaron superficialmente, Sandoval llevaba un destornillador verde en su casaca; Palavecinos portaba una mochila y en el bolsillo de su pantalón ocultaba un destornillador. Al tercer joven le encontraron un cortaplumas. Siendo los individuos detenidos. En la puerta de la casa había hendiduras. Al funcionario Dastres le exhibieron 4 fotografías ofrecidas como otros medios de prueba, en las que reconoce la casa, indicando la puerta; la mochila que portaba Palavecinos; los destornilladores; indicando finalmente que en la puerta había demostraciones de fuerza, desprendimiento de madera y de la pintura. Al Cabo Segundo Villanueva, le exhibieron los objetos, en los que reconoció la mochila, los dos destornilladores y la cortaplumas; todos los que fueron incautados a los imputados, y al tercer individuo.

Por último concurrió a estrados el cabo primero **Camilo Vega Vera**, funcionario de la SIP, quien se constituyó en el sitio del suceso, que era cerrado, casa habitación de un nivel, ubicado en Colón N° 355 Población Witcker. En el marco de la puerta observó tres hendiduras. Comparó los destornilladores con los hundimientos que presentaba la puerta, rastros que se asemejaban a las paletas de éstos. Se fijaron las muescas. Le exhiben las fotografías signadas con los N° 1 a 6, las que describe. Agrega que el objetivo principal era el de robar especies, ello por lo elementos que portaban. La mochila estaba vacía.

OCTAVO: Que la Fiscalía, además, de la testimonial a que se ha hecho alusión en el motivo anterior, rindió la siguiente prueba, la cual es apreciada por el Tribunal en la forma prevista en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

I.- PRUEBA DOCUMENTAL:

1.- Extracto de filiación y antecedentes de los acusados.

2.- Copia autorizada de sentencia dictada en causa RUC 0400443205-9, RIT 3677 del Juzgado de Garantía de Chillán del acusado Juan Francisco Palavecinos Pacheco.

3.- Copia de sentencia de 1ª y 2ª instancia dictada en causa Rol N° 76.810 del Primer Juzgado del Crimen de Chillán, con certificación de estar firme y ejecutoriada y las penas cumplidas por Juan

Francisco Palavecinos Pacheco por 3 delitos de Hurto.

Documental incorporada en la audiencia mediante su lectura resumida.

II.- OTROS MEDIOS DE PRUEBA, además, de lo ya reseñado en el fundamento anterior, la Fiscalía incorporó mediante lectura resumida 3 correos electrónicos con las identidades de los acusados enviados a la Fiscalía Local por el Registro Civil.

NOVENO: Que, la defensa rindió la siguiente prueba, por el acusado Palavecinos:

PRUEBA DOCUMENTAL.

1.- Certificado de Nacimiento de la hija del acusado.

2.- Cuatro copias de comprobantes de depósitos judiciales realizados en la cuenta corriente del Juzgado de Garantía de Chillán, efectuados el 14 de junio de 2005, por \$5.000.-; 23 de junio de 2005, por \$5.000.-; 5 de julio de 2005, por \$5.000.- y 13 de julio de 2005, por \$35.000.

OTROS MEDIOS DE PRUEBA:

Informe social elaborado por doña Violeta Paulina López Alarcón, respecto del acusado Juan Francisco Palavecinos Pacheco, incorporado mediante su lectura resumida.

DÉCIMO: Que, de este modo, los dichos de los testigos analizados en el considerando séptimo, conjuntamente con las fotografías y objetos incorporados en la audiencia, libremente apreciados, producen en el tribunal la convicción necesaria para dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el día 13 de mayo de 2005, aproximadamente a las 20:50 horas, los funcionarios de Carabineros Dastres y Villanueva, quienes patrullaban el sector, sorprendieron a los acusados Juan Francisco Palavecinos Pacheco y a Felipe Enrique Sandoval Medina, junto a un tercer individuo, en los momentos en que realizaban maniobras destinadas a forzar la puerta de la casa habitación ubicada en calle Colón N°355, de esta ciudad, de propiedad de José Alejandro Espinoza Espinoza. Encontrando en poder de Palavecinos una mochila vacía y un destornillador, a Sandoval otro destornillador y al tercer individuo un cortaplumas. Constatando, además, los aprehensores señales de fuerza en la puerta principal de la mencionada casa.

UNDÉCIMO: Que, los hechos establecidos en el motivo anterior constituyen el delito de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar destinado a la habitación, en grado de tentativa, descrito y sancionado en el artículo 440 N° 1° del Código Penal, en relación a los artículos 7 y 432 del citado texto legal, puesto que, se acreditó que los enjuiciados Palavecinos y Sandoval dieron principio a la ejecución del delito por hechos directos, esto es, el forzamiento de la puerta principal utilizando al efecto, cada uno de los enjuiciados un destornillador, claramente con la finalidad de vencer los dispositivos de seguridad de la ya mencionada puerta, faltando uno o más para su complemento.

DUODÉCIMO: Que, la acción descrita en el fundamento precedente es típica, antijurídica y culpable, la que sólo se perpetró en grado de tentativa, toda vez que los enjuiciados, dieron comienzo a la ejecución del ilícito, por hechos directos, unívocos y eficaces, consistentes en la aplicación de fuerza en el marco de la puerta principal de la vivienda de la víctima, utilizando destornilladores tipo paleta, instrumentos idóneos para vencer la cerradura, dispositivo de seguridad del acceso, los que al ser sorprendidos por los aprehensores, no pudieron seguir con esa acción, faltando así una o más para su complemento. Por lo expuesto, se discrepa de lo planteado por la defensa en el sentido que lo descrito por el persecutor, en la acusación, sólo eran actos preparatorios, y por ende atípicos. Del mismo modo, se discrepa de lo sostenido por el defensor, en cuanto a que los hechos debían ser recalificados como constitutivos del delito de daños simples. Ello porque con la contundente prueba rendida durante la audiencia, quedó plenamente probado que el dolo de los hechos era el de robar, al desplegar las ya referidas acciones. Debe tenerse en consideración, a mayor abundamiento, que el hecho de haber sido sorprendidos forzando la puerta, razonablemente lleva a concluir, de acuerdo a las máximas de experiencia, que el fin último que éstos perseguían era apropiarse de alguna de las especies que se guardaban en dicha propiedad, toda vez que iban premunidos de una mochila desocupada, la que obviamente iba a ser utilizada para ocultar las especies ajenas que se pretendían sustraer. Indicios que, unidos al porte de los destornilladores y de un cortaplumas, esta última en poder de un tercer individuo, no hacen más que corroborar la tesis del Ministerio Público.

DÉCIMO TERCERO: Que, si bien la participación de los acusados ha quedado establecida junto al análisis del hecho, no está demás señalar que la misma se determinó con el mérito de la prueba testimonial presentada por el persecutor.

Así, los principales elementos incriminados resultaron ser las declaraciones de los carabineros Dastres y Villanueva, quienes reconocieron en el juicio a Palavecinos y a Sandoval como las personas que el día de los hechos detuvieron, luego de sorprenderlos en situación de flagrancia.

Tales testimonios y reconocimientos incriminatorios resultaron de tal manera completos, circunstanciados, persistentes y consistentes con el resto de las pruebas, que permitieron al Tribunal otorgarle valor de prueba completa para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a los acusados.

Por lo anterior ha quedado demostrado que a los imputados Palavecinos y Sandoval les ha correspondido una participación de autores, por haber intervenido en la ejecución de una manera inmediata y directa, de conformidad con lo expresado en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

DÉCIMO CUARTO: Que favorece al encausado Palavecinos la atenuante contemplada en el artículo **11 N° 7 del Código Penal**, esto es, reparar con celo el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias, la que se acreditó con las consignaciones, que dan cuenta los comprobantes de depósito incorporados como prueba documental por la defensa, ascendente a la suma total de cincuenta mil pesos, monto que, además, es considerado por la víctima como suficiente por los daños sufridos. Celos y sacrificio realizado por el sentenciado que quedó, por lo demás, plenamente demostrado con la conclusión arribada por el perito Violeta López en el informe socioeconómico, en el que se expresa que Palavecinos proviene de una familia de nivel socioeconómico, en situación de marginalidad y pobreza, por lo que la disposición de esa cantidad de dinero implica claramente un esfuerzo.

DÉCIMO QUINTO: Que beneficia al sentenciado Sandoval la minorante contemplada en el artículo **11 N° 6 del Código Penal**, esto es, la irreprochable conducta anterior, acreditada en el juicio con el extracto de filiación y antecedentes, exento de anotaciones penales pretéritas, ello acorde con la conveniencia probatoria a que arribaron los intervinientes

según consta en la letra A del fundamento quinto de esta sentencia.

DÉCIMO SEXTO: Que, perjudica a los acusados la circunstancia agravante especial de ser dos o más los malhechores, contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, en el hecho punible que se tuvo por establecido en virtud a lo razonado en el considerando décimo, atendido que se ha dado en el referido ilícito la multiplicidad de partícipes o malhechores, entendido como quienes obran su mal designio, que concurren materialmente en el momento y lugar, lo que configura justamente la agravante en estudio, la cual aumenta el injusto ya que asegura por un lado, la impunidad de los autores a merced de la ayuda mutua que se proporcionan y, por otro, esta pluralidad trató de asegurar el cometido del delito.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, asimismo agrava la responsabilidad de Palavecinos la circunstancia contemplada en el artículo **12 N° 16 del Código Punitivo**, esto es, ser reincidente en delitos de la misma especie. Ello se acreditó con la prueba documental incorporada por el Ministerio Público, consistente en el extracto de filiación y antecedentes, en el que consta que Palavecinos fue condenado en causa rol 76.810 del Primer Juzgado del Crimen de esta ciudad, a dos penas de ciento sesenta días de presidio menor en su grado mínimo y una de sesenta días de prisión como autor de tres delitos de hurto, perpetrados el 27 de octubre del 2001, 7 de mayo y 6 de mayo del 2002, respectivamente. Penas corporales que cumplió efectivamente. Lo anterior avalado, además, con las copias autorizadas de las sentencias, con certificado de ejecutoria, de primera y segunda instancia. En ésta última se consigna que atendido el tiempo que permaneció el condenado privado de libertad, de lo que se advierte un lapso superior al que se le impone en la sentencia de primera instancia, corresponde darle por cumplidas tanto las penas privativas de libertad como las multas que le fueron impuestas.

DÉCIMO OCTAVO: Que, siendo la pena corporal asignada al delito un grado de una divisible, y concurriendo respecto de Sandoval una circunstancia atenuante y una agravante de responsabilidad, y en relación a Palavecinos dos agravantes y una atenuante, se hará la compensación racional. Haciendo, además presente, estos sentenciadores que para determinar la cuantía de las penas se considerará la menor extensión del mal producido con el delito,

según, lo permite el artículo 69 del Código Penal.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11 N° 6 y 7, 12 N° 16, 14 N° 1, 15 N° 1, 28, 50, 67, 69, 432, 440 N° 1, 450 y 456 bis N° 3 del Código Penal; 1, 4, 45, 47, 295, 296, 297, 323, 325, 339, 340, 341, 342, 344, 346, 348 del Código Procesal Penal, **se declara:**

I.- Que se condena a los acusados, ya individualizados, **JUAN FRANCISCO PALAVECINOS PACHECO** y **FELIPE ENRIQUE SANDOVAL MEDINA** a sufrir, cada uno de ellos, la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA** de presidio mayor en su grado mínimo y a la 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 sus calidades de autores del delito de robo con fuerza en lugar habitado, en grado de tentativa, en perjuicio de José Espinoza Espinoza, ocurrido en esta ciudad el día 13 de mayo de 2005.

II.- Atendida la extensión de las penas impuestas a los condenados, no se les concede ningún beneficio de la Ley 18.216, por improcedentes, debiendo cumplir las penas corporales impuestas efectivamente, la que se le contará a Palavecinos desde el día 13 de Mayo de 2005, fecha desde la cual se encuentra ininterrumpidamente privado de libertad, y respecto de Sandoval no registra abonos que deban considerársele en el cumplimiento de la pena impuesta en esta sentencia, la que deberá cumplir desde que se encuentre firme o ejecutoriada.

III.- Que, se condena a los sentenciados al pago de las costas en proporción de un cincuenta por ciento a cada uno de ellos.

IV.- Se decreta el comiso de los siguientes objetos: un cortaplumas con empuñadura rojiza, sin marca; un destornillador negro con amarillo, tipo paleta, marca Stanley; un destornillador color verde, tipo paleta y una mochila roja con negro, marca Dakota.

V.- Devuélvase a los intervinientes la prueba documental y los otros medios de prueba incorporados en la audiencia.

VI.- Gírese cheque a nombre de José Alejandro Espinoza Espinoza por la suma de cincuenta mil pesos, con cargo a las consignaciones que dan cuenta los comprobantes de depósito incorporados como prueba documental de la defensa.

VII.- Atendido lo dispuesto en los artículos 14, letra f) y 113, inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 468 del Código Procesal Penal, una vez ejecutoriado el fallo, remítanse copias autorizadas del mismo al Juzgado de Garantía de esta ciudad, a fin que le dé oportuno cumplimiento.

Póngase a los sentenciados a disposición del mencionado Juzgado, ofíciase.

Se previene que el Juez don Oscar Ruiz Paredes estuvo por aplicar al acusado Juan Francisco Palavecinos Pacheco la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, porque hecha la compensación racional referida en el motivo decimoctavo de esta sentencia, le perjudica una circunstancia agravante y no le favorece atenuante alguna.

Redactada por la juez doña Claudia Andrea Montero Céspedes y la prevención por su autor.

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

R.U.C. 0500185571-0

RIT: 69-2005.

Pronunciada por la Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, integrada por los jueces titulares don **OSCAR RUIZ PAREDES**, Presidente de Sala, don **JORGE MUÑOZ GUIÑEZ** y doña **CLAUDIA MONTERO CÉSPEDES**.

CORTES DE APELACIONES

- **Declara que la sentencia del juicio oral en lo penal constituye un todo indivisible, por lo que no procede anular sólo respecto de un delito o un imputado.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria fundada en las causales de los artículos 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra c), y 373 letra b), todos del Código Procesal Penal, solicitando la anulación del juicio sólo en lo referido a uno de los dos delitos por los que sus representados fueron condenados. La Corte rechazó el recurso señalando que la sentencia es una sola unidad jurídica indivisible, independientemente del número de acusados y delitos imputados. Siendo, además, el recurso de nulidad un recurso de derecho estricto, sólo procede contra las sentencias expresamente contempladas, no existiendo norma alguna que autorice la anulación parcial de éstas. Finalmente, la Corte también hizo presente que la sentencia condenatoria estableció una pena única por la comisión de los dos delitos de robo con intimidación, con lo cual, de anularse parcialmente la sentencia, no sería posible determinar cuál es la pena que correspondería aplicar por la participación del delito no impugnado.

Texto completo:

Valparaíso, diez de junio de dos mil cinco.

VISTO:

Que, a este Tribunal de alzada se elevó la causa RUC 0400360554-5; RIT 21-2005, para conocer del recurso de nulidad de la sentencia definitiva de fecha tres de mayo pasado, dictada por la sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar integrado por la juez doña Mónica Gutiérrez Fuentealba que lo preside, y las juezas doña Berta Fromovich Gun y doña Marcela Nash Álvarez, y del juicio oral respectivo. Lo interponen los defensores penales de Viña del Mar don Osvaldo Valenzuela Contreras y doña Alejandra Pizarro Catalán, en favor de los sentenciados Mario Andrés Zubieta Cisternas y Juan Esteban Bernal Lara, los que son condenados por dos delitos de robo con intimidación, a la pena corporal única de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, recurso que ingresó a este Tribunal bajo el Rol N° 501-2005 y fue declarado admisible. Fijada la audiencia para su vista, concurrieron a ella el defensor Osvaldo Valenzuela quien sostuvo el recurso y por el Ministerio Público

el Fiscal Esteban Cruz, quien impugna el recurso, como consta del acta de la referida audiencia que corre a fojas 57 de la carpeta.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, los defensores de los sentenciados Zubieta y Bernal, solicitan la nulidad de la sentencia y el juicio oral en que se dictó, fundan tal petición en la causal prevista en el artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) y en la causal señalada en el artículo 373 letra b), todos del Código Procesal Penal, las que interponen en forma subsidiaria.

SEGUNDO: Que, los recurrentes señalan que la sentencia impugnada ha condenado a sus defendidos Zubieta y Bernal como coautores de dos delitos de robo con intimidación perpetrados la noche del dos para tres de octubre de 2004 en Con-Con, el primero en perjuicio de Gloria Oróstica Aguilera y Eduardo García Paredes y el segundo en perjuicio de Luis Eguleta Pierrot, y sostienen que la aludida sentencia ha incurrido en las causales de nulidad que se han explicitado en el motivo precedente, sólo respecto al establecimiento de la participación

de los sentenciados en el primer ilícito, por lo que solicitan la nulidad de la sentencia y del juicio oral sólo respecto del delito de robo con intimidación de que fueron víctima Gloria Oróstica Aguilera y Eduardo Lionel García Paredes, así se desprende claramente de la petición que contiene el escrito en que se interpone el recurso de nulidad y así lo ratificó el defensor en la audiencia respectiva.

TERCERO: Que, la sentencia impugnada constituye una sola unidad jurídica, absolutamente indivisible, no obstante que en ella y en el juicio en que recae, exista pluralidad de sentenciados y de ilícitos, y por otra parte el recurso de nulidad es un recurso extraordinario de derecho estricto, que sólo cabe respecto de las sentencias que la ley ha señalado expresamente y por las causales precisas que también prevé, sin que exista norma alguna que permita anular parcialmente una sentencia y parcialmente el juicio en que se hubiere dictado tal sentencia, de donde fluye que el presente recurso de nulidad, en la forma que se ha planteado resulta del todo inadmisibles y debe ser desestimado.

CUARTO: Que, la conclusión precedente resulta más evidente aún, si se tiene presente que la pena impuesta fue única, diez años y un día de presidio mayor en su grado medio para cada uno de los sentenciados como coautores de dos delitos de robo por los que se presentó acusación por el Ministerio Público, de donde resulta prístino que no cabe anular la sentencia respecto de un ilícito y el juicio a su respecto, pues no se divisa cual sería la pena que correspondería mantener para los sentenciados por el delito no comprendido en la petición de nulidad.

QUINTO: Que, las consideraciones precedentes liberan a este Tribunal de entrar al análisis pormenorizado de las causales de nulidad invocadas en el recurso, por ser ello absolutamente innecesario, toda vez que como se dijo el recurso será rechazado por ser inadmisibles en la forma que se ha planteado.

Por estos fundamentos, lo dispuesto por los artículos 382, 383, 384 del Código Procesal Penal, se declara SIN LUGAR el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los sentenciados Marco Andrés Zubieta Cisterna y Juan Esteban Bernal Lara en contra de la sentencia de fecha tres de mayo último, escrita a fojas 1 y siguientes de la carpeta, la cual es válida así como el juicio oral en que recayó la referida sentencia.

Regístrese, póngase en conocimiento de los intervinientes a la hora señalada en la audiencia, y previa notificación por el estado, devuélvase.

Rol N° 501-2005.

Redacción del Ministro Sr. Hugo Fuenzalida Cerpa.

- Señala que la única forma de absolver es que no se presente prueba, porque de haberla, aunque sea mínima, el Tribunal debe ponderarla pudiendo considerarla suficiente para condenar.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad fundado en las causales de los artículos 374 letra e), en relación con el 342 letra c) y el 297, y 373 letra b), todos del Código Procesal Penal, solicitando la nulidad de la absolución de uno de los imputados. La Corte acogió el recurso anulando el juicio simplificado y la sentencia recaída sobre éste, señalando que el juez debe valorar toda la prueba presentada conforme a la regla del artículo 297 del código del ramo, plasmando en su sentencia los criterios rectores usados y justificando la manera en que llegó a los hechos que dio por establecidos. Siendo que en el juicio en cuestión el Juez de Garantía no valoró toda la prueba presentada, absolviendo sólo sobre la base de desestimar una de ellas, incurrió en la primera causal invocada por el ente acusador. El voto de prevención estuvo por acoger la nulidad sólo respecto de la absolución de uno de los imputados, porque el Juez de Garantía hizo una errónea aplicación del derecho al estimar que además del porte de la droga, era necesaria la ostentación, exigiendo más de lo que hace el artículo 50 de la ley 20.000. Finalmente, el voto en contra, estimó que era necesario pronunciarse respecto de las dos causales esgrimidas, por cuanto el Juez de Garantía interpretó, contra texto expreso, restrictivamente el artículo 50 de la ley 20.000.

Texto completo:

Valparaíso, veintidós de junio de dos mil cinco.

VISTO:

La realización de la audiencia respectiva el día dieciséis de junio de dos mil cinco para conocer el recurso de nulidad de la sentencia definitiva pronunciada por el juez del juzgado de garantía de Valparaíso servido por doña Rosanna Bianchetti Andrade, que absolvió a Fernando Gastón Ahumada Aracena y a Fernando Ricardo Flores Sepúlveda de los cargos formulados en su contra por el Ministerio Público de ser autores de falta de porte de droga, interpuesto por la fiscalía. En estrados el recurrente reiteró los planteamientos que consigna el recurso a fs. 9 y siguientes de la carpeta. A su vez, la defensa solicitó el rechazo del recurso de nulidad en razón a que la sentencia recurrida se ajusta tanto a los hechos como al derecho.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante el presente recurso la fiscalía solicita que esta Corte anule el juicio oral realizado en procedimiento simplificado y la sentencia

recaída en él, pero solo respecto del imputado Fernando Gastón Ahumada Aracena.

SEGUNDO: Que en sustento del recurso de nulidad se invocan las causales que señala el Código Procesal Penal en los artículos 374 letra e) en relación con el 342 letra c) y el 297, es decir, que en la sentencia se ha omitido el requisito consistente en la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren favorables o desfavorables al acusado y de la valoración de los medios de prueba que fundaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 y 373 letra b), esto es, la errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

TERCERO: Que, en resumen, la primera causal la fundamenta en que la sentenciadora infringe abiertamente el artículo 374 en la letra referida porque rechaza la prueba de campo, como prueba suficiente, para dar por establecido que la sustancia encontrada en poder del imputado Ahumada corresponde a cocaína la que descarta por estimarla una prueba indiciaria, en tanto que el Código Procesal Penal no impide al juez adquirir convicción sobre la

base una prueba indiciaria en la medida que ésta permita adquirir convicción más allá de toda duda razonable; contradice con ello los principios de la lógica y las máximas experiencias que demuestran que normalmente las sustancias incautadas como droga sobre la base de la prueba de campo, resultan ser droga conforme lo determina en definitiva un peritaje químico. Agrega que la defensa no aportó ninguna duda en cuanto a que la droga no fuere cocaína, los imputados aceptaron responsabilidad en los hechos materia del procedimiento, conforme a la ley la calidad de droga puede ser probada mediante cualquier medio apto como lo es la prueba de campo. Por otra parte, añade, la juez a quo no valora adecuadamente los medios de prueba que fundamentan el requerimiento y la sentencia ya que no ha considerado el testimonio de los funcionarios aprehensores de la Brigada Antinarcótico consignado en el parte policial donde dejan establecido que la sustancia encontrada tenía características similares al clorhidrato de cocaína ni el reconocimiento del imputado que al ser detenido para control de identidad reconoció haber ido a una casa a comprar coca, casa que vigilaban los aprehensores.

CUARTO: Que la nulidad es un recurso de derecho estricto y consiste en el medio de impugnación que la ley concede a los intervinientes con el fin de invalidar el juicio y la sentencia definitiva, o sólo esta última cuando ha existido vulneración sustancial de las garantías y derechos fundamentales, cuando no se ha hecho una acertada interpretación de las normas de derecho y ello ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo o cuando resulte necesario uniformar la aplicación del derecho.

QUINTO: Que el juez debe considerar la prueba aportada por el Ministerio Público conforme a la regla que se contiene en el artículo 297 del Código Procesal Penal, esto es, con libertad, pero con la limitación que no puede contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En todo caso, el tribunal tiene la obligación de plasmar en su sentencia los criterios rectores referidos y justificar de qué manera llega a los hechos que da por establecidos lo que impide la apreciación arbitraria de la misma.

SEXTO: Que la única forma de obtener la absolución de un imputado es que no se produzca prueba tendiente a acreditar los cargos, de lo contrario

la prueba rendida aunque sea mínima si el tribunal al valorarla la considera suficiente y logra convencerlo más allá de toda duda razonable, servirá para dar por acreditados los hechos y la participación que en ellos se imputa a determinada persona.

SÉPTIMO: Que en el caso sometido a la decisión de este tribunal, el examen de la sentencia recurrida permite concluir que la señora juez a quo ha omitido en la sentencia que por esta vía se revisa, valorar toda la prueba aportada por la fiscalía refiriéndose en el fallo tan sólo a la prueba de campo en circunstancias que disponía también del parte policial, en que los funcionarios especializados de la brigada de narcóticos de la Policía de Investigaciones, clasificaron la sustancia que portaba el imputado Ahumada como de características similares al clorhidrato de cocaína, tampoco se aprecia en la valoración de los antecedentes que llevan a la juez a absolver lo expresado por el imputado Flores ni los dichos de Ahumada.

OCTAVO: Que por lo anotado precedentemente debe acogerse el recurso de nulidad por la primera causal invocada ya que ha existido violación a las normas a las cuales los jueces de fondo deben atender al dictar sentencia, valorando toda la prueba aportada estándole vedado dejar de considerar algún medio probatorio cualquiera que sea la apreciación que de él haga y sea que favorezca o perjudique al imputado, invalidándose consecuentemente la sentencia recurrida, sin que sea necesario emitir pronunciamiento sobre la otra causal invocada y basta tan sólo acoger una de ellas.

Por lo expresado y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes, 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal SE ACOGE el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal del Ministerio Público y, en consecuencia, se invalida la sentencia de diecisiete de mayo de dos mil cinco, escrita desde fs. 3 a 8 de esta carpeta, dictada por la juez de garantía de Viña del Mar, doña Rosanna Bianchetti Andrade y el juicio simplificado en que aquella se dictó retrotrayéndose la causa al estado de realizarse un nuevo juicio simplificado, al tenor del requerimiento formulado por el Ministerio Público, ante el juez de garantía no inhabilitado que corresponda.

Se previene que el Ministro Sr. Miranda estuvo por acoger la nulidad del juicio y la sentencia, solamente respecto al imputado Ahumada Aracena, por estimar que la nulidad invocada se dedujo sólo

en aquella parte que absuelve a dicho acusado, atendido que el inciso tercero del artículo 50 de la Ley 20.000, Ley de Drogas, sanciona al que tenga o porte en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música, o en establecimientos educacionales o de capacitación drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas de que hace mención el artículo primero, sin que restrinja dicha conducta a la circunstancia de realizarla con ostentación pública, basta el porte de la sustancia en un lugar público. Consecuentemente al haber el juez a quo dejar de sancionar al aludido imputado, por estimar que el porte de droga lo hacía Ahumada en un sitio público, pero sin ostentación lo que le lleva a absolver al imputado, ha incurrido en un vicio de nulidad por cuanto ha interpretado erróneamente la norma antes citada y dicha interpretación ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, lo que lleva a este Ministro a acoger la segunda causal de nulidad invocada conjuntamente con la primera.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Miranda, en la parte en que los sentenciadores de mayoría estimaron que no era necesario emitir pronunciamiento respecto de la segunda causal de nulidad, contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. Para ello el Ministro disidente tiene en consideración que por fundar el recurrente dicha causal en la circunstancia que la sentenciadora interpreta en forma errónea y restrictiva el artículo 50 de la Ley 20.000, contra texto expreso, aduciendo que la conducta que describe dicha norma es sancionada si el porte de droga se hace con ostentación pública, de lo contrario no se pone en peligro el bien jurídico protegido que es la salud pública y como ello no ha ocurrido, la señora juez concluye que el imputado Ahumada debe ser absuelto y así lo hace, no obstante que debió haberlo sancionado por la falta cometida contemplada en la disposición señalada, por lo que dicha causal debe ser acogida, pues la Juez de primera instancia, ha efectuado una errónea interpretación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto debiendo condenar por falta, absuelve.

Regístrese y dése a conocer a la hora señalada en la audiencia respectiva, hecho devuélvase.

RIT N° 2113-2005.

ROL I. C. N° 539-2005.

Redacción del Ministro don Julio Miranda Lillo.

- Señala que siendo el auto de apertura del juicio oral una sentencia interlocutoria de 2º clase, no puede el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal desconocer las convenciones probatorias que éste contenga con el pretexto de lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia absolutoria en virtud de la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por cuanto el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal desconoció las convenciones probatorias acordadas en la audiencia de preparación del juicio oral argumentando que éstas no le resultaban vinculantes porque sólo eran prueba, desde que eran incorporadas en la audiencia del juicio oral, valorables de acuerdo al artículo 297 del código del ramo. La Corte acogió el recurso señalando que el artículo 275 del Código Procesal Penal dispone que durante la audiencia de preparación del juicio oral las partes pueden solicitar en conjunto al Juez de Garantía que se den por acreditados ciertos hechos, los que no podrán ser discutidos en el juicio oral, y que siendo el auto de apertura del juicio oral una resolución judicial apelable, lo que no ocurrió en el juicio en cuestión, éste quedó firme y ejecutoriado produciendo el efecto de cosa juzgada. Ello, porque al resolver sobre un trámite que debe servir de base para la dictación de la sentencia definitiva, hace que su naturaleza jurídica sea la de una sentencia interlocutoria de segunda clase. Y, además, siendo que la competencia del Tribunal del Juicio Oral es la indicada en el artículo 18 del Código Orgánico de Tribunales, éste carece de facultades que le permitan conocer de la impugnación de resoluciones dictadas por el Juez de Garantía, del cual no es superior jerárquico, en virtud de las cuales pueda desconocer o dejar sin efecto una decisión de estos jueces. Finalmente, aclaró que lo razonado en ningún caso significa privar al Tribunal Oral de efectuar la valoración de la prueba de acuerdo al artículo 297 del Código Procesal Penal, porque la errónea aplicación del derecho del fallo recurrido dijo relación con el efecto jurídico del auto de apertura que contenía la convención probatoria, el cual se encontraba ejecutoriado y por ende inmutable.

Texto completo:

Valparaíso, veintinueve de junio de dos mil cinco.

VISTO:

Que se ha deducido por el Sr. Fiscal Adjunto de Los Andes, Ricardo Reinoso Varas, recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha 20 de mayo del presente año, dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de Los Andes, mediante la que se absolvió a Fernando Aurelio Soto Encina, como autor del delito de homicidio simple de Jonathan Patrio Leris Astudillo, perpetrado en la madrugada del 5 de marzo del año 2004 en la Población Cacique Vitacura de Los Andes, por la causal señalada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal y, en subsidio, por la causal del artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) del mismo texto legal. Solicita se anule la sentencia recurrida como el

Juicio Oral en que incide, determinando el estado en que debe quedar el procedimiento y que se remita al Tribunal no inhabilitado que corresponda.

CON LO EXPUESTO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la primera causal invocada por el Ministerio Público, que es aquella contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, se fundamenta en que el Tribunal Oral en el pronunciamiento de la sentencia habría efectuado una errónea aplicación del derecho que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo y ello porque la absolución del imputado, se fundamentó en el desconocimiento del valor de una parte de la convención probatoria, a que llegaron los intervinientes, que la contiene el auto de apertura y, que en la especie corresponde a la signada con el N° 1, dando como razones para ello, que dichas convenciones no son vinculantes para el Tribunal y porque además,

estimó que excedía de los márgenes legales.

SEGUNDO: Que de la lectura que efectúan estos jueces del fallo recurrido, se puede observar que el Tribunal en el fundamento quinto, reconoce que los intervinientes arribaron a convenciones probatorias, en virtud de lo dispuesto en el artículo 275 del Código Procesal Penal, las que consigna y que son del tenor siguiente: 1° Que en la madrugada del día viernes 5 de marzo del año 2004, aproximadamente a las 00:05 A.M en la Población Cacique Vitacura, frente al Departamento N° 1629 Los Andes, Fernando Aurelio Soto Encina, propinó dos balazos con arma de fuego a Jonathan Patricio Leris Astudillo; 2° Que a raíz de los disparos sufridos Jonathan Patricio Leris Astudillo, resultó con lesiones que le causaron la muerte, según protocolo de autopsia, efectuado por el médico legista de San Felipe, doctor Gastón Donckaster Clavero. Se describe a continuación, en forma detallada las cuatro lesiones que presentó el occiso; 3° Que el certificado de defunción de la Circunscripción de San Felipe N° 49 del Registro del año 2004, consta inscrito Jonathan Patricio Leris Astudillo, con fecha de defunción 5 de marzo de 2004, lugar de defunción Instituto Médico Legal de San Felipe, causa de muerte: herida de bala, por arma de fuego.

TERCERO: Que, en los motivos quinto y séptimo, el Tribunal señala que recibe y valora como pruebas suficientes para tener por acreditado el hecho que dio origen al juicio, las convenciones probatorias signadas con los números 2° y 3°, además, de la declaración del testigo Rodrigo Gallardo Oyarzún, las fotografías presentadas por el Ministerio Público del sitio del suceso y los dos proyectiles de plomo desnudos, extraídos del cuerpo de la víctima, dando por establecido que en la madrugada del viernes 5 de marzo del año 2004, en la Población Cacique Vitacura de Los Andes, Jonathan Patricio Leris Astudillo, recibió dos impactos de bala, uno a la altura del brazo izquierdo que traspasó la región pectoral izquierda y el otro a la altura del muslo derecho que atravesó al muslo izquierdo, que le ocasionaron la muerte en el lugar, hecho cuya calificación jurídica la determina como de homicidio, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal.

CUARTO: Que el Tribunal en los fundamentos octavo, noveno, décimo, undécimo y duodécimo, se refiere a la participación del imputado, la que a su juicio no se acreditó por el ente persecutor y procede

a señalar respecto de la convención probatoria signada con el N° 1 del auto de apertura, que se estimó que en cuanto a su contenido existen graves fundamentos que permiten rechazarla, porque en primer término, no son vinculantes para el Tribunal y en segundo lugar, porque a su juicio exceden los márgenes legales, sosteniendo que a pesar de haber sido aprobadas por el Juez de Garantía, para el Tribunal del Juicio Oral sólo son pruebas desde el momento en que son incorporadas en la audiencia y por existir libertad para su valoración, está facultado para ello y en cuanto al segundo reproche que efectúa a la convención, sostiene que aunque el artículo 275 del Código Procesal Penal, no establece restricciones a la extensión de las referidas convenciones probatorias, la doctrina estima que ellas surgen del fundamento de legitimación del juicio oral, lo que hace que el mero acuerdo de las partes, no sea un método aceptable para garantizar la determinación de la verdad. Agrega, además y en torno al rechazo de la convención, que la redacción del artículo 275 del Código Procesal Penal, en cuanto señala que podrán solicitar en conjunto al Juez de Garantía que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral, demuestra la intención del legislador de establecer límites a la convención probatoria, la que además, en el caso de autos adolece de un serio vicio, que le impide al Tribunal poder valorar su contenido, dada la grave alteración mental que sufre el imputado, hecho acreditado en su concepto por peritos que afirmarían que sufre de esquizofrenia, lo que ha considerado también el Tribunal para no tener como válido el contenido de la convención, por provenir de una persona que carece de voluntad, antecedente que obligaba de igual manera al Juez de Garantía a rechazarla.

QUINTO: Que para dilucidar si la sentencia recurrida adolece de la causal de nulidad que invoca el Ministerio Público, se hace necesario tener presente que el artículo 275 del Código Procesal Penal, dispone que durante la audiencia de preparación del juicio oral, el Fiscal, el querellante, si lo hubiere y el imputado, podrán solicitar en conjunto al Juez de Garantía que se den por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el Juicio Oral. El Juez de Garantía podrá formular proposiciones a los intervinientes sobre la materia. Si la solicitud no mereciere reparos, por conformarse a las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes, el Juez de

Garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral, los hechos que se dieren por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio oral.

SÉXTO: Que también debe considerarse que el auto de apertura del juicio oral, es una resolución judicial, dictada por el Juez de Garantía, que sólo puede ser impugnada por la vía del recurso de apelación por el Ministerio Público, en caso de exclusión de pruebas, recurso que se concede en ambos efectos, conforme lo dispuesto en el inciso final del artículo 277 del Código Procesal Penal. En la especie, el auto de apertura no fue recurrido por el ente persecutor y, en consecuencia, quedó firme y ejecutoriado produciendo el efecto de cosa juzgada dada la naturaleza jurídica de esta resolución judicial, que es de sentencia interlocutoria de segunda clase, porque resuelve sobre un trámite que debe servir de base para la dictación de la sentencia definitiva posterior, que es la que corresponde dictar al Tribunal Oral.

SÉPTIMO: Que la competencia de que dispone el Tribunal del Juicio Oral se indica en el artículo 18 del Código Orgánico de Tribunales y que les confía el conocimiento y juzgamiento de las causas por crimen y simple delito, resolver las incidencias que se promuevan durante el juicio oral y conocer y resolver los demás asuntos que la ley procesal penal les encomiende. Del estudio de esta norma, puede concluirse que el Tribunal carece de facultades que le permita conocer de la impugnación de resoluciones dictadas por el Juez de Garantía, como tampoco posee facultades disciplinarias sobre estos jueces, por no ser Tribunal superior jerárquico de ellos, en virtud de las cuales pueda desconocer o dejar sin efecto una decisión de estos jueces. El efecto que naturalmente produce un auto de apertura del juicio oral ejecutoriado que es el de cosa juzgada, torna la decisión en irrevocable.

OCTAVO: Que de lo dicho precedentemente aparece claro a estos sentenciadores, que el Tribunal Oral al rechazar el contenido de la convención probatoria signada con el número 1º del auto de apertura del juicio oral, teniendo como fundamentos los que se han expresado en los motivos precedentes de este fallo, ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido en lo decidido en el fallo recurrido, porque ha desconocido abiertamente el efecto producido por la sentencia interlocutoria de segunda clase ejecutoriada, pronunciada por el Juez de Garantía violentando las disposiciones legales a que se

ha hecho mención.

NOVENO: Que lo que se ha razonado precedentemente, no significa en ningún caso, privar o cercenar la facultad del Tribunal Oral de efectuar la valoración de la prueba rendida por los intervinientes dentro de los límites que le exige el artículo 297 del Código Procesal Penal, porque la errónea aplicación del derecho apunta a un ámbito distinto, cual es el efecto jurídico que emana del auto de apertura, que contiene la convención probatoria, resolución que se encuentra ejecutoriada y por tal motivo inmutable.

DÉCIMO: Que lo dicho precedentemente no obsta a que si se estimare por alguno de los intervinientes que a consecuencia de lo decidido por el Juez de Garantía, la sentencia dictada por el Tribunal Oral pueda incurrir en algún vicio, se podrá deducir el correspondiente recurso de nulidad, como lo permite el artículo 277 del Código Procesal Penal, en su parte final.

UNDÉCIMO: Que por las consideraciones anteriores, el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal Oral, fundado en la causal contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, deberá ser acogido, no procediendo por lo tanto emitir pronunciamiento respecto de la causal de nulidad deducida en subsidio.

Por lo dicho y citas legales a que se ha hecho referencia, se acoge el recurso de nulidad deducido por el Fiscal Adjunto de Los Andes Ricardo Reinoso Varas, en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de Los Andes, con fecha veinte de mayo del año en curso, que absolvió a Fernando Aurelio Soto Encina, de los cargos formulados en su contra de ser autor del delito de homicidio simple de Jonathan Patricio Leris Astudillo, perpetrado en la madrugada del 5 de marzo del año 2004 en la Población Cacique Vitacura de Los Andes, por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal y se declara que la aludida sentencia es nula, como asimismo el Juicio Oral que en ella incide, debiendo el Tribunal Oral no inhabilitado que corresponda citar a los intervinientes a una nueva audiencia pública, para los efectos legales que correspondan.

Regístrese y devuélvase conjuntamente con el registro de audio.

Redacción de la Ministro Sra. Carmen Salinas
Guajardo.

Rol IC N° 557-2005.

R.U.C.: 0400082180-8.

No firma el Ministro Sr. Miranda no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse con licencia médica.

- **Declara que el veredicto dictado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal es una sentencia interlocutoria del segundo grado, por ende, y en virtud del desasimiento del Tribunal, no anula- ble por éste.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca.

Resumen:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal anuló su veredicto condenatorio al constatar que existía un error en el año de los hechos contenidos en el auto de apertura, fundándose en la necesidad de respetar el principio de la congruencia. El Ministerio Público apeló dicha resolución, apelación que fue declarada inadmisibles, inadmisibilidad en contra de la cual interpuso un recurso de hecho. Argumentó que, al anular el veredicto condenatorio así como todo lo obrado en el juicio oral, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no respetó el desasimiento que lo afectaba luego de emitir su veredicto. Ello, además de infringir el artículo 160 del Código Procesal Penal que señala cuándo éste puede dictar una nulidad de oficio, porque el error en la fecha que consignó 2004 en lugar de 2005 evidentemente sólo fue un error formal que no afectó el derecho a defensa del imputado. La Corte acogió el recurso haciendo suyos los argumentos de la Fiscalía. En su fallo señaló que el veredicto dictado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal era una sentencia interlocutoria de segundo grado que una vez dictada producía el desasimiento del Tribunal, el cual, por ende, carecía de la competencia para anular su propia resolución. Agregó que la declaración de nulidad oficiosa requiere de la existencia de un perjuicio que hubiera impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos por la Constitución, sin que pudiera estimarse que revista tal carácter el error en cuanto al año de ocurrencia de los hechos, atendido su carácter accesorio en relación con el hecho punible y la participación imputados al acusado. Además, la Corte recordó que las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no pueden retrotraer el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral, como había resuelto el Tribunal. Finalmente, y en virtud de los principios de celeridad y preferencia, se pronunció directamente sobre la apelación deducida por el Ministerio Público acogiéndola.

Texto completo:

Talca, diecisiete de enero de dos mil seis.

VISTO:

En lo principal del escrito de fs. 11 don Eduardo Jara del Río, fiscal adjunto, en autos Rit 53-2005, Ruc 0510006069-6, en contra de Mario Ibaceta Reyes, por el delito de robo con violencia o intimidación (SIC), deduce recurso de hecho en contra de la resolución dictada el 19 de diciembre último por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó que declaró inadmisibles dos recursos de apelación interpuestos por su parte: uno, en contra de la resolución de 12 de diciembre del año próximo pasado que sustituyó la medida cautelar de prisión preventiva que afectaba al acusado, por medidas de las contempladas en las letras c), d) y g) del artículo

155 del Código Procesal Penal; y el otro, contra la resolución de igual fecha, que una vez dada la decisión de condena del acusado, declaró la nulidad de todo lo obrado en la audiencia del juicio oral, incluido el veredicto condenatorio dictado, y que ordenó remitir los antecedentes al Juzgado de Garantía de la misma ciudad, con el fin de que éste actuara conforme a derecho, en razón de que el auto de apertura del juicio oral incurrió en el error manifiesto de consignar que los hechos ocurrieron el 14 de mayo de 2004, en circunstancias que lo fueron el 14 de mayo de 2005, lo que impidió dictar sentencia condenatoria, al conocerse tal vicio, de conformidad al artículo 341 del Código Procesal Penal, que no permite que ésta exceda el contenido de la acusación. Hace presente que la sustitución de la prisión preventiva se fundó en la circunstancia de haberse declarado tal nulidad y por lo tanto, se producía una

prolongación adición al de la privación de libertad del imputado, respecto del cual debía entenderse aún vigente el principio de presunción de inocencia. Refiere que ninguno de los intervinientes se percató del error indicado, y sólo después de emitido el veredicto condenatorio, y a raíz de que el tribunal abrió debate para aclarar el tiempo en que el imputado había estado sometido a prisión preventiva y que debía ser abonado a la condena; que al respecto el Ministerio Público sostuvo que se trataba de un error meramente formal, gráfico y no substancial, solicitando al tribunal que, en uso de las facultades contenidas en el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, corrigiera dicho error. Por su parte, la defensa alegó que tal error constituía una vulneración al principio de congruencia exigido por el artículo 341 del Código Procesal Penal, solicitando la absolución del acusado. Manifiesta que el veredicto es la sentencia definitiva del procedimiento de juicio oral, sin perjuicio de que la determinación de la pena y la redacción del fallo pueda diferirse hasta 5 días después; además se produjo el desasimiento del tribunal, que impedía a éste alterar dicha sentencia con la declaración de nulidad de que se trata, sin perjuicio que según el artículo 164 del Código Procesal Penal, si el supuesto vicio no fuese impetrado oportunamente, la nulidad queda subsanada, y por cierto que no es oportuno un incidente de nulidad procesal posterior al pronunciamiento de la sentencia definitiva. De otro lado, añade, la nulidad de oficio sólo puede ser declarada cuando se trate de uno de los casos previstos en el artículo 160 del mismo Código, el que se refiere a las infracciones que hubieren impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos por la Constitución o en las demás leyes de la República; por lo que la resolución anulatoria debió señalar cuáles fueron esas garantías o derechos constitucionales o legales cuyo pleno ejercicio fue impedido. Refiere que dicha resolución ha infringido el artículo 165 del Código Procesal Penal, en primer lugar, porque tal norma señala que el propio tribunal que declara la nulidad, de ser posible, debe ordenar que se renueven, rectifiquen o ratifiquen los actos declarados nulos, lo que el tribunal pudo hacer, con el fin de proceder luego a la redacción del fallo condenatorio en segundo lugar, como consecuencia de la omisión indicada, la resolución en referencia, también, infringe el texto del señalado artículo 165, en cuanto ordena remitir

los antecedentes al Juzgado de Garantía a fin de que se actúe conforme a derecho corresponda, toda vez que tal norma dispone que las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la audiencia de preparación de él, de modo que dicho Juzgado carece de facultades para realizar actuación alguna en esta causa, por lo que la remisión que se hizo de los antecedentes constituye una resolución que hace imposible la prosecución del procedimiento. Sostiene que la resolución que revocó y sustituyó la prisión preventiva es apelable por expresa disposición del artículo 149 del Código Procesal Penal, y la que declaró la nulidad de todo lo obrado en la audiencia de juicio oral y ordenó remitir los antecedentes al Juzgado de Garantía es de aquellas incluidas en la letra a) del artículo 370 del Código Procesal Penal, pues hace imposible la prosecución del procedimiento. Concluye solicitando que se acoja el presente recurso de hecho, declarando admisibles los recursos de apelación, concediéndolos en el solo efecto devolutivo y, finalmente, pronunciarse sobre el fondo de los mismos, revocando las resoluciones apeladas en los términos expuestos en las peticiones concretas de cada uno de ellos. A fs. 22 vta. se ordenó dar cuenta del recurso, quedando en acuerdo, según constancia de fs. 24 vta.

Considerando:

PRIMERO: Que son hechos útiles para la acertada decisión del presente recurso de hecho, los siguientes que constan de los autos Ruc 0510006060-6, Rít 1937-2005, contra Mario de Dios Ibaceta Reyes: 1.1.- El auto de apertura de juicio oral, de 4 de noviembre de 2005 corriente a fs. 2 de esta carpeta judicial, da cuenta que el día 14 de mayo de 2004, aproximadamente a las 04.00 horas de la madrugada, en una plazoleta interior de la población Bombero Garrido de la ciudad de Curicó, el acusado Mario de Dios Reyes, conjuntamente con otros dos sujetos no identificados, interceptaron a don Luis Fernando Venegas Reyes, lanzándolo con violencia al suelo, situación en la que el acusado lo inmovilizó poniéndole un pie en la cara, y le gritaba que le entregara todo o lo mataban, sustrayéndole un reloj de color negro, con correa de goma del mismo color, dos anillos de plata, dos cadenas de plata y un cinturón de cuero negro con hebilla plateada. Consumada la sustracción, los tres individuos huyeron a

pie en distintas direcciones siendo auxiliada la víctima por un automovilista que pasaba por el lugar, con el cual en el vehículo siguieron a uno de ellos, logrando la propia víctima la detención de Ibaceta Reyes en el sector de la población José Olano Arismendí, entregándolo a Carabineros que concurren al lugar. Al ser registrado por personal policial, se encontró entre sus ropas el reloj sustraído al señor Venegas Reyes, hechos constitutivos del delito de robo con violencia o intimidación, en grado de consumado, en el que ha cabido al acusado participación en calidad de autor, solicitando el Ministerio Público se le aplique la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias respectivas y costas. 1.2.- El 12 de diciembre de 2005, a fs. 18 de la aludida causa tenida a la vista, consta el veredicto o decisión condenatoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó respecto de Mario de Dios Ibaceta Reyes en calidad de autor del delito de robo con violencia o intimidación (SIC) en la persona de Luis Fernando Venegas Reyes, de un reloj pulsera de correa oscura, de su propiedad, ocurrido el día 14 de mayo de 2004, aproximadamente a las 04.00 horas de la madrugada, al interior de la población Bombero Garrido de la ciudad de Curicó, determinándose para la comunicación del fallo el 17 de diciembre de 2005, a las 12.00 horas, quedando desde ya todos los intervinientes citados a ella, y designándose para redactar el fallo al Juez don Roberto García Gil. 1.3.- Por resolución de 12 de diciembre del año próximo pasado, a fs. 21 de tal causa, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, luego de escuchados los intervinientes, y atendido el error manifiesto contenido en el auto de apertura respecto a la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, el 14 de mayo de 2004, en circunstancias que es el 14 de mayo de 2005, error que sólo se advirtió luego de dictado el veredicto condenatorio, por lo que estimó que no podía dictarse sentencia condenatoria en conocimiento de dicho vicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal, que impide que ésta exceda el contenido de la acusación, declaró la nulidad de todo lo obrado en el día en referencia, ordenando la remisión de los antecedentes al Juzgado de Garantía a fin de que se actúe conforme a derecho corresponda. 1.4.- Por resolución de la misma fecha, a fs. 22 y en virtud de lo establecido en los artículos 139, 140 y 145 del Código Procesal Penal, el Tribunal de Juicio Oral en lo

Penal de Curicó, de oficio, sustituyó la prisión preventiva del imputado por las medidas cautelares contempladas en las letras c), d) y g) del artículo 155 de dicho cuerpo jurídico, atendida la nulidad declarada, que implica una prolongación de aquélla por un error de procedimiento, teniendo, además, en consideración que el principio de inocencia no ha sido aún desvirtuado. 1.5.- En lo principal y otrosí del escrito de fojas 34, el 17 de diciembre último, el Ministerio Público interpuso sendos recursos de apelación en contra de las resoluciones judiciales indicadas en los dos literales que anteceden, los que fueron declarados inadmisibles a fs. 43, por improcedentes, atento lo dispuesto en el artículo 364 del Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Que para adoptar una decisión acorde con la situación procesal de autos, se hace necesario determinar la naturaleza jurídica de la resolución del tribunal de juicio oral en lo penal que dicte un veredicto, debiendo para ello acudir al artículo 158 del Código de Procedimiento Civil por remisión del artículo 52 del Código Procesal Penal.

TERCERO: Que en concepto de esta Corte, de conformidad a lo preceptuado en el aludido artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, el veredicto no responde al concepto de sentencia definitiva condenatoria, pues no resuelve el conflicto jurídico de naturaleza penal. En efecto, de los requisitos exigidos por el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, esto es, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del mismo Código, aparece claro que el veredicto o decisión de absolución o condena, no los contiene; y lo que es esencial en una sentencia condenatoria de esta naturaleza, la determinación de la pena aplicada al acusado, de acuerdo a lo exigido por el artículo 348 de dicho cuerpo legal, no la contiene el veredicto. Incluso, en la especie, el veredicto en referencia, en su parte conclusiva expresa que en virtud de lo anterior, la sentencia que se dictará será condenatoria.

CUARTO: Que abocados a la necesidad de establecer la naturaleza jurídica de la decisión de absolución o condena, o veredicto, esta Corte estima

que se trata de una sentencia interlocutoria de segundo grado o segunda clase, pues es de aquellas resoluciones que sirven de base para dictar una sentencia definitiva.

QUINTO: Que en consecuencia, encontrándonos en presencia de una sentencia interlocutoria, una vez notificado a los intervinientes el veredicto de acuerdo al artículo 30 del Código Procesal Penal, se produjo un efecto propio de tal clase de resoluciones judiciales, cual es el denominado desasimiento del tribunal que las dicta, y que se traduce en que éste no puede alterarlas o modificarlas en manera alguna, salvo las excepciones señaladas en el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, aplicable también por remisión del artículo 52 del Código Procesal Penal, de las que en la especie el tribunal de juicio oral en lo penal de Curicó no hizo uso.

SEXTO: Que así las cosas, el mencionado tribunal carecía de competencia para invalidar el veredicto por él dictado, en razón de que ya se encontraba desasido.

SÉPTIMO: Que a mayor abundamiento, para que proceda la invalidación oficiosa se precisa la existencia de perjuicio -como en el caso de todas las nulidades- que, en la especie se exige que se trate de alguno de aquellos que hubieren impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos por la Constitución, o en las demás leyes de la República, sin que pueda estimarse que reviste tal carácter el error del auto de apertura en cuanto al año de ocurrencia de los hechos, atendido su carácter accesorio en relación con el hecho punible de que se trata y la participación en él atribuida al imputado.

OCTAVO: Que por último, de acuerdo a lo establecido en el artículo 165 inciso tercero del Código Procesal Penal, la declaración de nulidad no puede retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, salvo en el caso del recurso de nulidad; y en el caso específico de nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral, no puede retrotraerse el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral. Con menor razón puede ello hacerse luego de dictado el veredicto correspondiente.

NOVENO: Que en atención a que en la tramitación de los recursos procesales en materia penal

rigen los principios de celeridad y preferencia, esta Corte, en lugar de pronunciarse respecto del recurso de hecho, el que de ser acogido, importaría conocer, posteriormente, de los respectivos recursos de apelación deducidos, afectándose la economía procesal, hará uso de las facultades correctoras contempladas en el inciso final del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 52 del Código Procesal Penal.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en los artículos 84 inciso final, 158 y 182 del Código de Procedimiento Civil; 30, 52, 342, 343 y 348 del Código Procesal Penal, procediendo esta Corte, de oficio, se dejan sin efecto las resoluciones de 12 de diciembre de 2005, escritas a fs. 21 y 22 de la carpeta judicial tenida a la vista, correspondiente a la causa Ruc 051 0006060-6, Rit 53-05, reponiéndosela al estado inmediatamente anterior a la dictación de ellas, debiendo dictarse sentencia definitiva conforme a derecho y en el término legal.

Atento lo precedentemente resuelto, no se emite pronunciamiento respecto del recurso de hecho interpuesto en lo principal del escrito de fs. 11.

Regístrese y devuélvanse con la causa tenida a la vista.

Redacción del Ministro don Eduardo Meins Olivares.

Rol Nº 721-2005 RPP.

Pronunciado por el Presidente de la Segunda Sala don Eduardo Meins Olivares, Fiscal Judicial don Oscar Lorca Ferraro y el abogado integrante don Juan Carlos Álvarez Valderrama.

- **Declara que el Ministerio Público ejerce soberanía y facultades de imperio de manera permanente y continua, debiendo considerarse autoridad.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de apelación en contra de la resolución del Juez de Garantía que negó lugar a sobreseer definitivamente la causa, por cuanto a su juicio la acción de la imputada no se enmarcaría en el hecho materia de la formalización. La Corte rechazó el recurso haciendo suyos los argumentos del Juez de Garantía, estimando, en definitiva, que los fiscales del Ministerio Público pueden ser considerados autoridad y, por ende, ser sujetos pasivos del delito de desacato del artículo 264 N° 3 circunstancia 3ª del Código Penal.

Texto completo:

En Isla de Pascua, veintiuno de julio del año dos mil cinco, siendo las 10:30 horas, se da inicio a la audiencia presidida por el Juez de Garantía, don Bernardo Toro Villarroel, **RUC: 0500173787-4, RIT: 363.**

INTERVINIENTES:

Por el Ministerio Público: CLAUDIO MUÑOZ ARQUEROS, Fiscal Adjunto Subrogante, con domicilio en Pasaje Oho Vehi s/n, y notificaciones vía fax al teléfono 551715;

Por la Defensa: MARIA ISABEL MONTENEGRO CANTILLANO, Defensor Penal Público, con domicilio en Centro Cultural Tongariki s/n y para notificación al correo electrónico.

En este punto de la audiencia, se abre debate entre las partes por la solicitud que formula la Defensa, en el sentido de que se requiere de un intérprete para que la imputada comprenda los términos de la formalización, y se propone que éste sea el Secretario Titular del Tribunal, don Jacobo Hey Paoa.

El Ministerio Público se opone a tal circunstancia, haciendo presente que es innecesario, ya que la imputada se ha expresado en esa Fiscalía, de la mejor manera.

La Defensa sostiene su petición invocando el artículo 10 del Código Procesal Penal, para que se designe un intérprete.

El Tribunal aclara que Sr. Secretario en estos momentos se encuentra en una audiencia y que además él también es el Notario, Receptor Judicial, lleva causas de Policía Local, que no era llegar y

solicitar un intérprete, ya que además el Tribunal no cuenta con uno. Que es la primera ocasión que se solicita con tanta insistencia.

El Ministerio Público agrega que la imputada, en la Fiscalía quedó establecido, que sabe leer y escribir los dos idiomas, esto además por declaración de un testigo que así lo afirma.

SS.: para ser un problema de carácter probatorio, que en un momento si se hace mayor cuestión si se estima de que realmente el no acceder o acceder ha significado de alguna manera la contravención a normas de carácter procesal y o violación o afectación de derecho en materia de fondo respecto de algún interviniente, las partes podrán reclamar lo necesario, sobre o si la exigencia de intérprete, en la petición de la Defensora, es injusta, carece de asidero, o si bien lo tiene.

Es por eso que el Tribunal lo tiene presente de que como se trata, y se está hablando de supuesta afectación de derecho y necesidad de cautelar las garantías de la Sra. Clarina, el Tribunal no le queda otra cosa más que resolver en función de dos cosas:

1° pocos y leves antecedentes con que en este asunto se cuenta, que son los meros dichos del Sr. Fiscal y los meros dichos de la Srta. Defensora, y en el fondo por aplicación de las normas legales.

Al respecto se hace presente que no basta con decir: vamos a garantizar, a juicio de este Tribunal, los derechos de la imputada, sino que habría que ver cuál es el derecho, y ese derecho, a juicio del Tribunal, no es otro que el que tiene aquel que no entiende el idioma castellano, no sólo para exigir, sino teniendo la obligación de todos los intervinientes

de proveer los medios para que comprenda lo que se está haciendo, lo que se está diciendo y lo que se está resolviendo. Es por ello que el Juez va a ordenar un receso de 2 minutos para examinar la norma legal que considera del caso aplicar.

Receso.

Continuación.

El Tribunal resuelve: teniendo presente que se ha exigido por la Defensa, que en esta audiencia intervenga intérprete para asistir en sus declaraciones a doña Clarina Tuki Tepihe, fundamentándose en que es necesario, de acuerdo con el artículo 10 del Código Procesal Penal, velar por sus garantías judiciales para evitar una afectación sustancial de los derechos de la imputada, y se argumenta que como la formalización es una comunicación, debe hacérsela en lengua Rapa Nui, con el objeto que precisamente la comunicación produzca sus efectos, esto es que sea comprendida por la imputada. Sin embargo, no se señala por la Defensa, cuál es la garantía que resultaría afectada si se le formalizara en idioma castellano, y el Sr. Fiscal se ha opuesto, sosteniendo que hay constancias en declaraciones previas en el Ministerio Público, de que la imputada conoce el idioma castellano, y menciona la existencia en los antecedentes, incluso una declaración de un hijo de la misma, que para estos efectos el Tribunal la puede considerar un medio de prueba válido, en este punto, en cuanto dice el Fiscal que hay una declaración de testigo, de que la madre, es decir que la Sra. Clarina, es bilingüe, que habla y escribe en Rapa Nui o en español o en castellano, y resolviendo el Tribunal el tema en debate, considera que la norma que debe aplicarse es la establecida en el artículo 98 inciso final del Código Procesal Penal, que, a mayor abundamiento, el Tribunal expresa que en ocasiones anteriores, cuando en esta audiencia ha habido imputados que pertenecen a naciones extranjeras y se hallaban de turistas o de visita en Isla de Pascua, se ha decidido a concederle un intérprete con el objeto de que prestaran sus declaraciones, y ello, norma que debemos considerar para resolver adecuadamente la situación presentada, porque el Código Procesal Penal señala, si el imputado no supiere la lengua castellana o si fuere sordo o mudo, se procederá a tomarle declaración conforme el artículo 291 inciso 3° y 4°, y justamente el

artículo 291 del Código Procesal Penal, dice en el inciso 3°, quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, (no exige saber escribir), dice los que no pueden hablar o no lo sepan hacer en idioma castellano, intervendrán por escrito o por medio de intérpretes, ese es el derecho, si esta garantía no es respetada, es evidente que el Tribunal tiene que aplicar el artículo 10 del Código Procesal Penal, esto es si el Tribunal determinara que una medida "X", cualquiera, pudiera afectar los derechos y las garantías judiciales de doña Clarina, no hay duda que intervendría de inmediato, con el objeto de que así se procediere, pero también hay implícito en este tema una situación de hecho, teniendo presente que a la Defensora no le consta que a la Sra. Clarina hable o sepa el idioma castellano, según ha expresado, situación paradójica, porque no se entiende cómo se ha entendido hasta este momento con ella. Y de otro punto de vista el Sr. Fiscal señala que tiene antecedentes, incluso de testigos que dicen que la Sra. Clarina entiende bien el castellano. En esa contradicción, el Tribunal, además que puede darlo como un hecho público y notorio, porque este mismo Juez conoce a la Sra. Clarina Tuki Tepihe personalmente desde hace 15 años, prácticamente hasta esta misma fecha, cumplidos, y se ha entendido con ella, no sólo en este tipo de causas, sino en otro tipo de asuntos donde se ha dado expresar en castellano, perfectamente, por ejemplo en causas que ahora el Tribunal no tiene a la memoria, pero que lo puede dar por hecho que sí existen, causas por alimentos seguidas contra su marido, don Ricardo Atan, donde la Sra. Clarina ha hecho valer sus derechos de un modo oral, verbal, hablando en idioma castellano perfectamente. Y sin duda el Tribunal ha constatado personalmente también, que la Sra. Clarina habla muy bien, y se expresa, con una rica fluidez en idioma Rapa Nui, por lo tanto la puede considerar bilingüe. Incluso si se averiguara sobre el nivel educacional de la Sra. Clarina Tuki Tepihe, podría determinarse de que ella avanzó bastante bien en sus estudios en el colegio o liceo local.

De manera de que con esos meros antecedentes que se pueden dar ahora por acreditados, y en caso de una contingencia mayor, y de que se estima que el Tribunal está equivocado, más adelante se pueden traer esos antecedentes a la vista en la correspondiente causa, porque en cualquier momento

se puede alegar que la Sra. Clarina no entiende el castellano, en las audiencias sucesivas o en cualquier otra actuación del procedimiento, pero por el momento, el Tribunal da por sentado de que sí entiende el idioma castellano, lo habla, lo comprende, y por lo tanto está en condiciones de comprender en ese idioma, la formalización, que es la comunicación que el Sr. Fiscal le va a efectuar de un modo lento, con calma, con el objeto de que comprenda, lo que se trata de que entienda.

Y por último, en última instancia queda el recurso de volver a repetir la formalización si alguna cosa que el Sr. Fiscal haya dicho resulta inteligible para la imputada.

Por lo tanto no se hace lugar a la petición de la Defensa, en este caso, y se tiene en especial consideración, que no basta la pertenencia a la etnia Rapa Nui, para hacer exigible, respecto de la imputada el uso de intérprete, porque en consecuencia, como se ha expresado, no se está en los casos que contemplan las normas legales antes indicadas.

Srta. Defensora: la Defensa deduce incidente de nulidad, respecto de la resolución dictada por el Tribunal, siendo el fundamento legal el artículo 159 del Código Procesal Penal en relación con el 160 y el artículo 10 del Código Procesal Penal, argumentando.

Y solicita que se deje sin efecto la resolución del Tribunal, designando a un intérprete, que sea en los términos de la primera solicitud, es decir, el Sr. Secretario del Tribunal.

Sr. Fiscal: el Ministerio Público reitera lo dicho, y aduce que esto implicaría que todos los habitantes de Rapa Nui necesitarían intérprete.

SS.: El Tribunal resuelve: teniendo presente que en su intervención de nulidad la Srta. Abogada Defensora, ha hecho una serie de alcances, el Tribunal se va a referir detalladamente a cada uno de ellos.

En cuanto a la necesidad de no considerar elemento probatorio una declaración que obra, que dice que la Sra. Clarina habla o entiende el castellano, además del Rapa Nui, sin embargo es efectivo que respecto de esa declaración no se dio la posibilidad, como elemento nuevo, que la Defensa pudiera redargüirlo, tiene razón la Defensora, se afectó en ese momento su derecho a tratar de demostrar desde o la inexistencia o cualquier cosa que afectara

la credibilidad a ese dicho testimonial que obra en los antecedentes del Ministerio Público, el Tribunal hace lugar a la petición de nulidad, no de la resolución de forma completa, sino solamente en la parte que pondera y considera como medio eficaz para probar que la Sra. Clarina habla y entiende el castellano, solamente ese punto, por lo tanto, como además no es el único antecedentes probatorio en que se apoyó el Tribunal para resolver, se mantiene la decisión en ese punto de vista y en esa perspectiva y en ese plano, de que la Sra. Clarina no necesita intérprete del idioma castellano para los efectos de la formalización, por lo tanto, para cualquier efecto posterior no se ponderará ese elemento probatorio en que se fundamentó, entre otros, la resolución que antecede.

Sin embargo, sostiene la Defensa, que las disposiciones legales invocadas por el Tribunal, hacen relación con declaraciones que quiera prestar la imputada, pero también ahí nace una paradoja, porque como se ha dicho que la Sra. Clarina sabe hablar en castellano, hablar es darse a entender dentro de una conversación y dentro de una conversación, para que esta exista debe darse lo que se entiende en inglés el "Feedback", en castellano significa la retroalimentación, porque no hay hablar, a menos que se padezca de una enfermedad mental, en solitario o hablar sin una persona que a uno lo esté escuchando. Y por ende, es evidente que si la Sra. Clarina sabe hablar en castellano, es porque existe otro que la está entendiendo en castellano lo que ella dice, y por lo tanto, si sabe hablar en castellano, la Sra. Clarina, respecto de ese interlocutor, no hay duda que también sabe castellano para oír y entender. Por lo tanto, se da la situación en este caso, de si ella escucha la formalización, a juicio del Tribunal, en castellano, la va a entender, y cuando se le pregunte si la entendió, va a responder sí, si es que la entendió, pero si se le dice en castellano, a juicio del Tribunal, debe entenderla, porque por los fundamentos de la resolución anterior, y que ahora se ratifican, consta, personalmente a este mismo Tribunal, que la Sra. Clarina, desde hace varios años tiene asuntos ante este Juez de Letras y de Garantía de Isla de Pascua, donde no en asuntos triviales, como señala la Defensa, sino en asuntos de mayor seriedad, pues se trata de procesos en materias de menores, ella se ha expresado oralmente, cabalmente, y ha entendido del interlocutor, que ha sido el Juez

o su contraparte, o los abogados de la contraria, cabalmente el idioma castellano, y por ello, no se hará lugar a la nulidad, porque se estima que los argumentos de la Defensa, desde el punto de vista de los hechos, no tienen acogida en la realidad, los hechos no son como la Defensa los quiere ver, sino que el Tribunal también tendría que perder el criterio de objetividad y su deber de cautelar los intereses de todos los intervinientes, el aceptar una exigencia de intérprete cuando le consta que ella está en capacidad de hablar el castellano, y de oírlo y entenderlo, siendo innecesaria la intervención de intérprete.

Y por lo demás es efectivo lo que señala el Sr. Fiscal, en que aceptar la tesis de la Defensa, por la sola pertenencia a la lengua Rapa Nui, implicaría un descalabro total en la administración de justicia de esta ínsula, pues, desde que tiene conocimiento el Tribunal, significa que todos los asuntos que los Rapa Nui han intervenido oralmente, como el caso de la Sra. Clarina, adolecerían de un vicio insalvable, esto es, que dijeron cosas sin entender lo que decían o escucharon asuntos sin entender lo que se les decían.

Por lo anterior, no ha lugar a la nulidad y fundamentado en los mismos artículos que invoca la Defensa, 159 y 160 y artículo 10 del Código Procesal Penal.

Sr. Fiscal: la imputada no se ha identificado.

Imputado: CLARINA TUKI TEPIHE, R.U.N. 6.110.252-3, con domicilio en Atamu Tekena s/n°, al lado de Insular 2.

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

OBJETO AUDIENCIA:

Sr. Fiscal: conforme a lo dispuesto en el artículo 229 y siguientes del Código Procesal Penal, se le comunica a la Sra. Clarina Tuki Tepihe, nacida en Isla de Pascua, el día 17/10/1941, artesana, R.U.N. 6.110.252-3, y domiciliada en Atamu Tekena s/n° de esta isla, que la Fiscalía efectúa una investigación en su contra, en la que se le atribuye, se le imputa la autoría del delito contemplado en el artículo 265 del Código Penal, en relación al artículo 264 N° 3, fundamentándose la investigación en los siguientes hechos:

El día 04/05/2005, la Sra. Clarina aquí presente, puso fuera de un local de artesanías de su propiedad, en un trozo de cartulina de color blanco y escrito con un plumón color negro, el siguiente texto: "personas corruptas fuera de Rapa Nui, Oscar Vargas, Fiscal Adjunto, Álvaro Lafuente, Jefe Prov. Min. Bienes Nacionales, Cristian Reyes, abogado Conadi".

Que dicho cartel que contenía la expresión injuriosa respecto de las personas indicadas, volvió a colocarse al día siguiente, esto es el día 05/05/2005, pero esta vez adherido a la ventana del local comercial, donde podía verse sin ningún problema, podía ser visto dicho cartel sin ningún problema por las personas que transitaban por la Avda. Atamu Tekena. Hecho que fue objeto de denuncia por el Fiscal Adjunto Titular, don Oscar Vargas.

Se le consulta a la imputada si comprendió lo que el Fiscal le acaba de comunicar, manifestando que sí.

Se le concede la palabra a la imputada.

SS.: EL Tribunal tiene presente lo expuesto por la imputada.

Sr. Fiscal: Ninguna solicitud.

Srta. Defensora: la Defensa solicita en virtud de lo establecido en el artículo 93 letra f), se decrete el sobreseimiento definitivo de esta causa, atendido a que no se cumplen con todos los elementos del tipo, ya que el Fiscal Adjunto no es una de las autoridades que se mencionan en el artículo 264 del Código Procesal Penal. Se sostiene lo dicho en argumentación que hace la Defensa.

Sr. Fiscal: el Ministerio Público argumenta y solicita que se deniegue la petición de la abogada, y solicita fijar un plazo de la investigación.

Srta. Defensora: la Defensa argumenta y se mantiene en lo antes solicitado, siendo esto el sobreseimiento definitivo de esta causa, por no reverter el hecho denunciado, caracteres de delito.

Receso.

Continuación.

SS.: **El Tribunal resuelve:** la solicitud de sobreseimiento definitivo fundamentado en el artículo 93 letra f) del Código Procesal Penal, que ha formulado la Defensa de doña Clarina Tuki Tepihe,

entendiendo, no lo mencionó, pero que la disposición legal de fondo aplicable es el artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal, establece que debe decretarse este sobreseimiento, cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito.

Sostiene el efecto la Defensora, que no estamos en presencia de un delito, porque el Fiscal, supuestamente afectado, según la formalización, don Oscar Vargas, Fiscal Adjunto de Isla de Pascua, no tiene la calidad de "u otra autoridad", que menciona la circunstancia tercera, del N° 3 del artículo 264 del Código Penal.

El Sr. Fiscal se ha opuesto a esta petición, señala que las cosas no son así, y que los fundamentos jurisprudenciales de la Defensa no son obligatorios para este Tribunal, y hace referencia a doctrinas, que no especifica, sobre las cuales este Juez debiera negar lugar al sobreseimiento pedido.

El Tribunal tiene en primer lugar en consideración, que el Fiscal Adjunto de Isla de Pascua, cumple sus funciones en esta insula por mandato constitucional y legal. La Constitución Política de la República, a partir del artículo 80 a) hasta el artículo 80 i), ha creado con rango constitucional la institución del Ministerio Público, y de acuerdo con la orden dada en la misma Constitución, el Poder Legislativo ha dictado la Ley 19.640, Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

En esencia del conjunto de esos textos legales y constitucionales, emana, sin duda, que el Ministerio Público en su conjunto, como desde el Sr. Fiscal Nacional y el Fiscal Regional, y los Fiscales Adjuntos, que ejercen por el anterior la acción penal pública en los procesos que forman, como en el del presente caso, y en la órbita de sus atribuciones, no hay duda que son autoridades, se desprende de la definición dada por la constitución, y por ejemplo, del artículo 7° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, 19.640 ya mencionada, que dice "las autoridades y jefaturas", se refiere a las autoridades del Ministerio Público, es decir, una ley de rango constitucional, le da la calidad de autoridad a estos tres rangos de niveles de funcionarios públicos del Ministerio Público, Sr. Fiscal Nacional, Srs. Fiscales Regionales y Srs. Fiscales Adjuntos.

Por lo demás, se tiene presente que Supremo Gobierno así también lo entiende, tanto que el Decreto Supremo, Reglamento del Ceremonial y

Protocolo Público de la República de Chile, se establece en diversos altos niveles de ubicación protocolar, tanto como al Sr. Fiscal Nacional como al Sr. Fiscal Regional, y también a los Fiscales Adjuntos, reconociéndole por eso la Autoridad Administrativa del Estado, el rango de autoridades. Tienen ubicación protocolar y rango de precedencia conforme ese Decreto Supremo que se fundamenta evidentemente en las normas constitucionales y legales antes mencionadas.

Pretender, como sostiene la Defensa, que los Srs. Fiscales Adjuntos, por la naturaleza propia de las funciones que cumplen, se encuentran en el mismo grado que las policías, que para los efectos de la persecución penal se hayan bajo su dependencia, a juicio de este Tribunal es improcedente, por dos razones, si bien es evidente que por sus actos se ven expuestos a reacciones como la que menciona la Defensa, no es menos cierto que las fuerzas de orden y seguridad durante la investigación, según lo ordena el artículo 4° de la Ley 19.640, están sujetas a las órdenes directas que les expide el Ministerio Público, y por lo tanto es evidente que no pueden encontrarse en el mismo rango jerárquico, pues unos instruyen, dan las órdenes, y los otros las obedecen, de manera que siendo efectivo el hecho natural que es público y notorio, que todos sabemos, de que tanto Srs. Fiscales como las policías que intervienen en los distintos procedimientos persecutorios o de investigación, se hayan expuesto a estas reacciones, como menciona la Defensa, no es menos cierto que la calidad que ambos detentan en sus actividades o funciones oficiales, no se encuentran en la misma situación y de seguir el criterio que sostiene la Defensa, nos encontraríamos con que los Srs. Fiscales, que tienen un rango jerárquico superior al de las policías, de su dependencia para la investigación de los hechos criminales, se encontrarían más protegidos respecto como hechos de la presente causa, porque si se observa el artículo 417 del Código de Justicia Militar, caso en que el legislador de fondo, ha establecido una figura penal, para que en el evento en que se ofendiere o injuriare de palabra, por escrito o por cualquier otro medio a Carabineros, o a uno de sus integrantes con conocimiento de su calidad de miembro de esa institución, unidades o reparticiones, sufrirá determinada pena.

Si el legislador de un modo específico especial, protege, ampara al policía, que como dice la

Defensa, se encuentra expuesto a reacciones como las que ella misma menciona, de qué manera están protegidos los Srs. Fiscales que tienen un rango jerárquico superior que las policías que actúan bajo sus órdenes. Se entiende que dentro del ámbito del ejercicio de la acción penal pública.

Al no estar amparados los Sr. Fiscales, como sostiene la Defensa, por la circunstancia 3ª del N° 2 del artículo 264 del Código Penal, solamente sostiene ella, podrían ejercer la acción de injuria mediante un procedimiento de acción penal privada, es decir, los superiores, dentro de este marco, del cual se está expidiendo la resolución, no tendrían protección alguna, y en cambio Carabineros, cosa que se repite en la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, tienen una figura de protección, al principio de autoridad, cuando son ofendidos e injuriados de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, y sin embargo no lo tendrían los Srs. Fiscales.

Esa tesis, a juicio del Tribunal, es inaceptable, en su calidad de autoridades quedan protegidos también por la figura de desacato.

Por lo demás Alfredo Echeverri, cuando analiza el desacato en su Derecho Penal, Tomo IV, Editora Gabriela Mistral del año 76, página 233, después de analizar la figura del desacato, señalando que esta figura tiene diversas modalidades, refiriéndose al artículo 264, al referirse a los Ministros de Estado u otra autoridad en el ejercicio de sus cargos, dice "esta última hipótesis, muestra que el sujeto activo de estas infracciones, puede también ser un empleado público", situación en que se encuentra evidentemente el Sr. Fiscal, respecto del cual no existe una norma específica, en su Ley Orgánica Constitucional, que le haya dado la protección del desacato, y el Tribunal entiende que el legislador dejó esa protección de ese bien jurídico, que es el principio de autoridad, del cual se encuentran revistadas sus actuaciones por el artículo 264 del Código Penal.

Y lo mismo puede decirse del caso de Álvaro Lafuente, que es un Jefe Provincial del Ministerio de Bienes Nacionales.

Por lo tanto, desde ese punto de vista, cabe no acoger la solicitud de sobreseimiento definitivo planteada en este acto, porque del cúmulo de argumentos dados por este mismo Juez, cabe considerar al Sr. Fiscal como comprendido dentro de la norma antes invocada y puede ser por lo tanto sujeto

pasivo de la figura del artículo 264 N° 3, circunstancia 3ª, segunda parte del párrafo después que se invocan a los Ministros de Estado.

Y por último, es evidente, según las formalización y en el hipotético caso de que esto sea efectivo, cosa que en materia de la investigación, que existe este ilícito, no hay duda de que se le expidieron las expresiones que se estiman que constituyen el desacato, en un letrado, en razón del ejercicio de sus cargos, porque quizás tendría razón la Defensa si el letrado hubiese dicho solamente señor o hubiera dicho Oscar Vargas, pero dice la frase a continuación, dice Fiscal Adjunto, y respecto de Álvaro Lafuente dice Jefe Prov. Min. Bienes Nacionales, o sea, la asignación del concepto de corrupto, es que se le piden que se vayan de la Isla, no constituye absolutamente nada, si, al parecer la formalización hace y muestra incidencia en el tema que se le atribuye la calidad de corrupto a estos dos personajes, a estas dos autoridades, funcionarios públicos, y como el Juez lo acaba de decir, estaría dentro de la hipótesis del ejercicio de sus cargos, porque se mencionan sus cargos al momento que se ponen los mismos, los que cumplen, al lado de sus nombres.

Por lo dicho, no se hace lugar a la solicitud de sobreseimiento definitivo de la Defensa, formulada en este acto, conforme lo antes expuesto.

Srta. Defensora: se fije un plazo para el cierre de la investigación no superior de 30 días.

Sr. Fiscal: propongo que incluso el plazo se abrevie a 15 días.

Srta. Defensora: la Defensa piensa recurrir de la resolución planteada por el Tribunal, y no se si en el plazo de 15 días la Corte habrá resuelto.

Sr. Fiscal conforme con los 30 días.

SS.: a contar de este momento, día 21 de julio de 2005, el Sr. Fiscal tiene un plazo de 30 días para cerrar la investigación, de acuerdo con el artículo 234 del Código Procesal Penal, atendido a que hay petición expresa de la Defensa, el Sr. Fiscal no se opone, incluso propuso un plazo inferior, teniendo presente que hay una formalización que en cierta medida afecta las garantías y derechos constitucionales de la imputada.

Srta. Defensora: copia del audio.

SS.: El Tribunal ordena que se ponga término a la audiencia, siendo las 11:55 horas, que se

entregue transcripción del acta de la presente audiencia a los intervinientes y se grabe en disco compacto el texto completo para la Defensa.

Se pone término a la audiencia, quedando todos notificados de lo resuelto.

Valparaíso, diez de agosto de dos mil cinco.

A las 09:40 horas, ante la Segunda Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones, integrada por los Ministros Sr. Miranda y Sra. Repetto y el Abogado Integrante Sr. Del Villar, en presencia de la Relatora Sra. Torres, quien actúa como Ministro de Fe, para la vista del recurso de apelación interpuesto por la Defensoría Penal Pública, en causa RIT 363 del Juzgado de Letras y Garantía de Isla de Pascua, N° Ingreso I. C. 791-2005, contra la resolución dictada por el Juez de Garantía Sr. Bernardo Toro Villarroel, de veintiuno de julio de dos mil cinco, que negó lugar a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, respecto de la imputada Clarina Tuki Tepihe. Asisten a la audiencia por la Defensoría Penal Pública, el Abogado Defensor don Carlos Henríquez Martínez y por el Ministerio Público el Fiscal don Claudio Reveco. Requerida la intervención de la Defensa solicita la revocación de la resolución apelada, esgrimiendo similares argumentos a los dados en el recurso interpuesto; específicamente por cuanto a su juicio, el hecho realizado por la imputada no configura el delito de desacato, puesto que su conducta no se enmarca dentro los hechos materia de la formalización, dado que la expresión injuriosa se relaciona a una función propia del cargo, lo cual no acontece al colocar un letrero en la vía pública con ciertos juicios de valor en contra del funcionario. El Ministerio Público se opone a los argumentos sostenidos por la Defensa y solicita se rechace el recurso de apelación interpuesto y se confirme la resolución en alzada en todas sus partes, señalando que de la Constitución Política se desprende que los Fiscales del Ministerio Público, por cuanto ellos ejercen una parcela del ejercicio de la soberanía, de conformidad con el artículo 5 y 80 A de la Carta Fundamental. Asimismo, tanto la doctrina como diversas normas legales, reconocen que los Fiscales del Ministerio Público, ejercen facultades de imperio y desarrollan una actividad permanente y continua, que de alguna manera se encuadra en lo dispuesto en los artículos 166 y 164 del Código Procesal Penal. En estados, los intervinientes, hicieron uso de su

derecho manteniendo sus planteamientos. Terminados los alegatos el Sr. Presidente comunicó a los intervinientes, que el fallo se dará a conocer durante el transcurso de la mañana, por intermedio de Secretaría de esta Corte.

VISTOS Y OÍDOS:

Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto por los intervinientes y el mérito de los fundamentos del fallo en alzada que esta Corte hace suyos, se confirma la resolución apelada de veintiuno de julio de dos mil cinco, dictada por el Juez de Garantía Sr. Bernardo Toro Villarroel del Juzgado de Letras y Garantía de Isla de Pascua, que negó lugar a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, respecto de la imputada Clarina Tuki Tepihe, por los hechos materia de la formalización.

Devuélvase conjuntamente con el registro de audio.

Se levanta la presente acta para constancia de lo acontecido en esta audiencia, la que suscriben los miembros de esta Sala de la Iltma. Corte, junto a la Relatora que actúa como Ministro de Fe, de acuerdo a las instrucciones impartidas por la Excm. Corte Suprema.

RUC N°: 050017373787-4.

Número Ingreso I. Corte: 791-2005.

- **Declara que los fiscales son una autoridad que representa a la sociedad en la persecución penal pública, susceptibles de ser el sujeto pasivo del delito de amenazas de los artículos 264 y 266 del Código Penal.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de apelación en contra de la sentencia del Juez de Garantía que absolvió al imputado por los cargos de autor del delito de amenaza de autoridad en contra de un fiscal adjunto. La Corte acogió el recurso señalando que autoridad es quien detenta poder, gobierna o ejerce facultades públicas de alcance general. Siendo el fiscal un funcionario público de un organismo autónomo del Estado que cumple funciones de apoyo a la labor judicial ejerciendo la acción penal pública en representación de la nación, funciones otorgadas por ley y con la potestad de dirigir a las policías, es precisamente una autoridad que comparte el ejercicio de la soberanía. En cuanto a poder ser sujeto pasivo de los delitos de los artículos 264 y 266 del Código Penal, expresó que los fiscales ejercen funciones permanentes, cumpliendo el ejercicio exclusivo y excluyente de la autoridad punitiva del Estado cada vez que acaece un hecho con caracteres de delito. Entonces, estando el fiscal en cuestión al momento de la comisión de los hechos en el ejercicio de sus funciones, cual fue las amenazas de muerte proferidas por el acusado, delincuente habitual y a todas luces un individuo de actuar impredecible, se cumplió completamente el tipo penal, porque éste además requiere que al exteriorizarse las amenazas, a la víctima le aparezcan como un propósito real.

Texto completo:

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

VISTOS:

Oídos los intervinientes, y vistos los antecedentes:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de los considerando sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, los cuales se eliminan

Y teniendo en su lugar, y además presente las siguientes consideraciones:

1. Que el Ministerio Público, ha recurrido por vía de apelación, la sentencia de autos RUC 0500285178-6, RIT 765-2005, dictada por el Juez Titular del Cuarto Juzgado de garantía de Santiago, en audiencia de procedimiento abreviado, llevada a cabo el 4 de Enero de 2006, mediante la cual se absolvió a don Francisco Rafael Hernández Rosales como autor directo del delito consumado de amenaza de autoridad, en contra del Fiscal Adjunto Sr. Sergio Manuel Ignacio Caro Esparza, por considerar el sentenciador de primera instancia, que los fiscales adjuntos no son sujetos pasivo del tipo penal

en comento, y que además en el caso concreto no se dan los requisitos propios de la amenaza de atentado, ya sea contra la autoridad o cualquier otra persona.

2. Que en cuanto a que los fiscales adjuntos no sean sujetos pasivos de los tipos penales de atentados contra la autoridad, se hace necesario establecer, al menos lo siguiente:

2.1 Que debe entenderse por autoridad: «A quien ejerce o detenta poder, que gobierna o ejerce facultades públicas de alcance general.»

Un fiscal adjunto del Ministerio Público, no es un particular que esté litigando por intereses propios, por el contrario, representa un funcionario público inscrito a un organismo autónomo del estado, incorporado a la constitución, que cumple funciones de apoyo a la labor judicial, y que sin perjuicio de no ser parte del poder judicial, es el encargado de ejercer y sustentar en representación de la nación, la acción penal pública. De allí, que se trate de una autoridad que comparte el ejercicio de la soberanía.

2.2 La calidad de autoridad que tienen los fiscales adjuntos, es otorgada por la propia ley, la

cual le encomienda en nombre de la sociedad la investigación de los delitos que le afecten. Para ello, se les inviste de la potestad de dirigir a las policías nacionales para lograr con éxito su labor.

2.3 Que el Ministerio Público es autónomo constitucionalmente, por lo que no está sometido a la supervigilancia de otro órgano del Estado. El fiscal nacional, que lo dirige, es una de las máximas autoridades de nuestro país.

Sus fiscales, sean regionales o adjuntos, tienen el tratamiento de funcionarios públicos, y sus facultades y obligaciones están claramente delimitadas por una ley orgánica constitucional.

Por todo lo anterior, este tribunal colegiado llega a la convicción de que los fiscales adjuntos son una autoridad que representa a la sociedad en la persecución penal pública. Garantizando con ello, la convivencia pacífica de todos los chilenos.

3. Que habiéndose establecido por este tribunal, la calidad de autoridad que tienen los fiscales adjuntos, corresponde ahora, establecer si tienen la calidad de sujetos pasivos del tipo penal prescrito en los artículos 264 y 266 del Código Penal, esto es, del delito de amenaza de autoridad. Al respecto se debe señalar lo siguiente:

3.1 El artículo 266 del Código Penal señala que: *“Para todos los efectos de las disposiciones penales respecto de los que cometen atentado contra la autoridad o funcionarios públicos, se entienden que ejercen aquella constantemente los ministros de Estado y las autoridades de funciones permanentes o llamadas a ejercerlas en todo caso y circunstancia”*.

El fiscal ejerce funciones permanentes. Su acción se pone en movimiento cada vez que acaece un hecho que reviste los caracteres de un delito. Su rol en la persecución de la acción penal pública es exclusivo y excluyente de las funciones de otra autoridad.

En concepto de este tribunal, con todo lo dicho se satisface los requerimientos de la norma invocada.

3.2 Que encontrándose en autos perfectamente descritos y reconocidos los hechos, supera la interpretación de quien es autoridad, para los efectos del artículo 266 del Código Penal, y considerando además que los fiscales en su calidad de

representantes del órgano estatal detentan en forma exclusiva el ejercicio de la autoridad punitiva del Estado. En concepto de este tribunal, el fiscal adjunto Sr. Sergio Manuel Ignacio Caro Esparza, al momento de verificarse los hechos materia de este juicio, actuaba en el ejercicio de sus funciones, y en esa calidad tenía el carácter de sujeto pasivo del delito en comento. En cuanto al sujeto activo del mismo Francisco Rafael Hernández Rosales, al proferir las amenazas del siguiente tenor: *‘«Abogado concha de tu madre, me estay cagando culpado, te voy a matar cuando salga de esta gueva’*: le hizo creer razonablemente que sus dichos eran verosímiles y reales, toda vez que el acusado es un delincuente habitual con condenas y procesamientos, conocedor del sistema, y que a todas luces constituye un individuo de actuar impredecible, que de no ser sancionado provoca que la actividad de los fiscales se vea disminuida o debilitada, poniendo en riesgo la convivencia pacífica de los chilenos.

3.3 Que en concepto de esta corte, el tipo penal exige para su ejecución seriedad en las amenazas, y que además, éstas al exteriorizarse deben hacer creer a la víctima que su propósito era real. Por tanto, para la comisión del delito de autos, no se requiere la persistencia en las amenazas de un mal a causar, ni su ejecución real para su perpetración, sólo basta que exista posibilidad real de realización, en consideración al grado de impresionabilidad que le de el ofendido.

4. Que, como consecuencia de ser sometido este juicio a un procedimiento abreviado, el fiscal ha requerida que se le condene al acusado a presidio menor en su grado mínimo.

Y vistos, además lo dispuesto en los artículos 30 y 49 del Código Penal, y los artículos 352, 360, 371, 414 y 415 del Código Procesal Penal, se revoca la sentencia de cuatro de enero de 2006, y se resuelve:

I. Que se condena a Francisco Rafael Hernández Rosales, ya individualizado, a sufrir la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, multa de seis unidades tributarias mensuales, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de amenaza de autoridad.

II. Que si el sentenciado no pagare la multa impuesta, sufrirá por vía de sustitución y apremio la

pena de reclusión, regulándose un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda nunca, exceder de seis meses.

III. Que la pena impuesta se le contara al imputado desde que se presente o sea habido, sin abono por contarle la Tribunal que no ha sido objeto de prisión preventiva o detención.

IV. Que el condenado Francisco Rafael Hernández Rosales deberá pagar las costas de la causa. Las procesales se determinan de oficio por la Unidad de Causas, estableciendo los gastos de las notificaciones efectuadas. Las personales deberán solicitarse por el Ministerio Público, las que se regularán en una audiencia destinada para el tal efecto.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz Aymerich.

Regístrese y devuélvase, se le otorga copia a los comparecientes.

Finalizada la lectura de la sentencia, se pone término a la audiencia.

RUC: 05000285178-5

N° 71-2006-02-03

Pronunciada por la Primera Sala de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los ministros señor Juan Cristóbal Mera Muñoz, señor Humberto Provoste Bachmann y el abogado integrante señor Benito Mauriz Aymerich, quien no asiste a la audiencia, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo por encontrarse ausente.

Rol N° 71-2006.

- **Declara que el hecho de resultar cambiados los roles de los imputados no afecta el principio de congruencia, porque igualmente ellos caen dentro del concepto de autor del artículo 15 del Código Penal.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra del fallo condenatorio, argumentando la concurrencia de las causales de los artículos 373 letra b) y 374 letras c), f) y g) del Código Procesal Penal. Ello, por cuanto estimó conculcados sus derechos procesales, así como que la sentencia vulneró el principio de la cosa juzgada y el de la congruencia, además de haber hecho una errónea aplicación del derecho. La Corte rechazó el recurso. Para ello destacó que la defensa tuvo todas las oportunidades necesarias para ejercer las facultades que le otorga la ley. Agregó que el principio de la congruencia no resultó vulnerado, por cuanto el Tribunal sólo dejó establecido cuál acción le correspondió a cada sujeto a partir de la prueba rendida en la audiencia, pero en ningún caso le imputó al acusado un delito diferente a aquel por el cual se le formalizó y acusó, siendo las acciones de ambos acusados constitutivas de autoría en el delito de robo por sorpresa. En cuanto a la cosa juzgada, por haber sido absuelto el otro imputado previamente, recalcó que ésta rige sólo para los intervinientes en el juicio en cuestión. Finalmente, en cuanto al error de derecho en el que habría incurrido el Tribunal por acoger la agravante de pluralidad de malhechores siendo que el otro imputado resultó absuelto, en voto dividido, la Corte coincide con la Defensa, pero atendido que la pena impuesta lo fue en el mínimo, no se entiende que haya influido sustancialmente en el fallo.

El voto de minoría consideró que en el reconocimiento de la agravante el Tribunal no infringió la ley al razonar como lo hizo.

Texto completo:

Valparaíso, veintidós de agosto de dos mil cinco.

VISTO: La realización de la audiencia de fecha dieciséis del mes en curso para conocer del recurso de nulidad interpuesto por la defensa del imputado en contra de la sentencia dictada por el tribunal del juicio oral en lo penal de Viña del Mar, integrado por doña María Teresa Valle Vásquez, doña Berta Froimovich Gun y don Pablo Freire Gavilán, con fecha doce de julio de este año que condenó a Cristian Alfonso Díaz Cortés a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, y a las costas del juicio, como autor del delito de robo por sorpresa en grado de consumado en perjuicio de José Luis Manríquez Zamora el 11 de agosto de 2004. En estrados la defensa alega similares argumentos a los que anota en el recurso que se agrega desde fs.

12 a 30 de esta carpeta. Por su parte el Fiscal del Ministerio Público pide que se rechace el recurso porque el fallo se ajusta a los hechos y al derecho no concurriendo las causales de nulidad invocadas por la defensa.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la nulidad de la sentencia recurrida la defensa la hace consistir en que ha sido dictada con infracción a lo prescrito en el artículo 341, por lo que invoca la causal contenida en la letra f) del artículo 374; la segunda causal de nulidad que invoca es la contemplada en la letra c) del artículo 374, esto es, que al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga, describiendo aquí cuatro facultades conculcadas: el derecho a exponer la teoría del caso, el derecho a acreditar los hechos constitutivos de dicha teoría (imposibilidad de rendir prueba), el derecho a efectuar el alegato clausura, el derecho a plantear excepciones

de previo y especial pronunciamiento; la tercera causal alegada es la que contempla el artículo 374 g), esto es, que la sentencia ha sido dictada en oposición a otra pasada en autoridad de cosa juzgada y la cuarta, en la letra b) del artículo 373, 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, causales todas contenidas en el Código Procesal Penal. Pide que se invalide el juicio oral y la sentencia o solo la sentencia y se dicte una de reemplazo.

SEGUNDO: Que, en resumen, la primera causal la fundamenta en el hecho que conforme al auto de apertura del juicio oral en los hechos que motivaron la acusación del Ministerio Público el Fiscal participaron dos acusados Díaz Cortés y Pastene Mejías, pero la audiencia, en que dictó la sentencia que se impugna, sólo se dirigió en contra del primero puesto que con fecha 22 de abril de 2005 ya se había realizado la audiencia del juicio oral en contra del segundo, que fue absuelto por infracción al principio y límite de la congruencia establecido en el artículo 341 del Código Procesal Penal. Sin embargo Díaz resulta condenado conforme a los razonamientos de los considerandos noveno y décimo en que el tribunal tiene por acreditado un hecho concreto distinto al imputado en la acusación y contenido en el auto de apertura, esto es, que Díaz Cortés no arrebató el celular del ofendido sino un tercero, dándose por probados hechos que difieren de los que el Fiscal debía probar afectándose el principio de la congruencia.

TERCERO: Que en la acusación el Ministerio Público planteó que el ofendido fue interceptado por dos sujetos: Díaz Cortés y Pastene Mejías procediendo el primero a arrebatarse a viva fuerza un celular de su propiedad, para darse a la fuga, siendo interceptados por la víctima y un testigo de manera que el primero entregó al segundo el celular quien continuó huyendo siendo ambos detenidos más tarde por personal policial y los jueces de fondo, con la prueba rendida concluyen que quien arrebató el celular fue Pastene y lo entregó a Díaz. Los hechos fueron calificados como robo por sorpresa.

CUARTO: Que el principio de la congruencia que informa al nuevo proceso penal posibilita al imputado saber exactamente cuales son los hechos que se le atribuyen, sus circunstancias y la calificación

jurídica lo que redundará en su adecuada defensa. Tal principio encuentra su expresión en el artículo 341 del Código Procesal Penal al señalar que la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. En suma, el principio está referido a los hechos que configuran el ilícito.

QUINTO: Que la sentencia recurrida no transgrede el principio señalado por cuanto sólo deja establecido cuál de los dos sujetos que participaron en el ilícito denunciado arrebató el celular lo que desprenden de la prueba rendida en la audiencia, pero en ningún caso se imputa a Díaz un delito diferente al que formalizó y por el cual acusó el Ministerio Público. Si así hubiese sido, los jueces habrían vulnerado el principio en comento y sería procedente la nulidad, lo que no ocurre en la especie.

SEXTO: Que la segunda causal de nulidad la fundamenta en que se impidió a la defensa ejercer las facultades que la ley le otorga, desarrollando cuatro capítulos de impugnación. El examen del fallo permite concluir que la defensa no tuvo impedimento para exponer su teoría del caso, hacer su alegato de clausura, lo que queda de manifiesto al leer el fundamento cuarto del fallo que se revisa. La propia defensa reconoce no haber presentado pruebas de descargo en razón de que el imputado está amparado por el principio de inocencia, de manera que no es posible que atribuya el tribunal el haberle impedido rendir pruebas toda vez que no hizo uso de su derecho. De la misma forma tampoco puede atribuir al tribunal del juicio oral en lo penal la imposibilidad de plantear las excepciones de previo y especial pronunciamiento previstas en las letras c) y e) del artículo 264 del Código Procesal Penal, esto es, la cosa juzgada y la extensión de la responsabilidad penal, porque como la propia defensa lo reconoce en la fecha en que se efectuó la audiencia del juicio oral no se habían configurado los antecedentes.

SÉPTIMO: Que la tercera causal que basa en que la sentencia se dictó en oposición a otra pasada en autoridad de cosa juzgada que se refiere a los mismos hechos en que se formalizó respecto a Pastene Mejías, quién resultó absuelto, no puede prosperar por cuanto no se refiere el condenado Díaz y las sentencias sólo producen efectos respecto de quienes se ha pronunciado.

OCTAVO: Que la causal cuarta de impugnación la fundamenta en que se ha considerado que perjudica al condenado la agravante contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores ocurriendo que el otro co-imputado ha sido absuelto de manera que no existe tal agravante y al aplicarla el tribunal ha vulnerado el principio de inocencia. Ello constituye una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo ya que afecta a la pena que le corresponde en definitiva al imputado.

NOVENO: Que del tenor de los hechos que el tribunal del juicio oral en lo penal da por acreditados se desprende que Díaz actuó con otro sujeto. Sin embargo habiéndose alegado que el co-imputado Pastene fue absuelto, hecho que no fue controvertido en estrados por el Fiscal del Ministerio Público, esta Corte estima que en tales condiciones no es posible aplicar la agravante prevista en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal.

DÉCIMO: Que existiendo una errónea aplicación del derecho, ya que, como se anotó, no correspondía aplicar la agravante señalada en el motivo precedente, sin embargo, ello no influye en lo dispositivo del fallo por cuanto el delito de robo por sorpresa está sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, esto es, quinientos cuarenta y un días a cinco años, como beneficia al condenado una minorante de responsabilidad penal, que le es reconocida, el tribunal no podrá aplicar el máximo de la pena, ocurriendo que los sentenciadores de primer grado sancionaron a Díaz con la pena en su mínimo. Por tal motivo la causal referida no será acogida.

Y visto, además lo dispuesto en los artículos 45, 47, 372 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto a fs. 12 y siguientes por doña Alejandra Pizarro Catalán, Defensora Penal Pública de Viña del Mar, en representación del condenado Cristian Alfonso Díaz Cortés, en contra de la sentencia de fecha doce de julio de dos mil cinco, que se lee desde fs. 1 a 11, pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, integrado por doña María Teresa Valle Vásquez, doña Berta Froimovich Gun y don Pablo Freire Gavilán, la que no es nula así como tampoco el juicio oral en que fue dictada.

Se previene que la Ministro Sra. Repetto, no concurre con los fundamentos contenidos en los considerados noveno y décimo del fallo en alzada y estuvo por rechazar la nulidad planteada, por estimar que los jueces no infringieron la ley al razonar como lo hicieron en el fundamento décimo tercero, para dar por establecida la concurrencia de la agravante contenida en el N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal.

Regístrese y devuélvase.

RIT N° 19-2005.

ROL I.C. N° 770-2005.

Redacción del Ministro don Julio Miranda Lillo.

- Señala que frente a la declaración de ilegalidad de una detención, resulta ilegal, también, la prueba derivada de ella, resultando con ello impedida la continuación del proceso.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de hecho ante la no admisión del recurso de apelación entablado en contra de la resolución que declaró ilegal la detención de los imputados. La Corte acogió el recurso señalando que, de acuerdo al artículo 276 del Código Procesal Penal, las pruebas obtenidas en dicha detención habrían de quedar excluidas. Faltando la prueba principal, si no única, la consecuencia necesaria resulta ser la imposibilidad de la prosecución del proceso, hipótesis del artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal.

Texto completo:

Santiago, veintidós de noviembre de dos mil cinco.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que el señor Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Pudahuel deduce recurso de hecho en contra de la resolución de siete de noviembre en curso, dictado por la señora Juez del Primer Juzgado de Garantía de Santiago doña Pilar Aravena Gómez, que no concedió el recurso de apelación interpuesto por aquella parte impugnando la decisión que declaró ilegal la detención de tres imputados por el delito de receptación de gran cantidad de cartones de cigarrillos de propiedad de Chiletabacos en circunstancias irregulares y que eran producto de un robo con intimidación efectuado a un camión repartidor en fecha anterior. Tal cantidad de cartones de cigarrillos -9.183- fue decomisado por la policía, habiéndose declarado la ilegalidad de la diligencia por no compartir el tribunal la hipótesis de flagrancia aplicada al caso por la policía y el Ministerio Público;

SEGUNDO: Que de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal las pruebas provenientes de actuaciones o diligencias declaradas nulas, como en este caso, habrán de excluirse en su oportunidad procesal, con lo que en el hecho se priva al órgano persecutor de la acción penal de contar con el principal o único medio probatorio posible y ello, como lógica consecuencia, impide la continuación del proceso, dándose de este modo la hipótesis contemplada en

el artículo 370 letra a) del código citado que hace procedente el recuso de apelación.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 369 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de hecho interpuesto por el señor Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Pudahuel, motivo por el cual se declara que la apelación correspondiente queda concedida, debiendo el señor juez de Garantía remitir todos los antecedentes recaídos en la causa en que éste incide para proceder a la vista de la aludida apelación.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE POR FAX.

ROL N° 578-2005.

RUC N° 0500549195-0.

- **Estima facultada a la asistente del Fiscal para actuar en la primera audiencia judicial del detenido.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Rancagua.

Resumen:

La Defensa estimó infringido el artículo 132 inciso 1º del Código Procesal Penal por haber actuado en la primera audiencia judicial del detenido la abogada asistente del Fiscal. De ello, más la falta del cumplimiento de los requisitos necesarios para decretar la medida cautelar de la prisión preventiva, apeló. La Corte rechazó el recurso haciendo suyos los fundamentos del Juez de Garantía.

Texto completo:

Rancagua, veintiocho de noviembre de dos mil cinco.

Siendo las 09:45 horas, ante la Segunda Sala de esta Corte de Apelaciones, integrada por los Ministros Sr. Bañados, Sr. Moreno y abogado integrante Sr. Briceño, se lleva a efecto la audiencia pública del recurso de apelación deducido contra la resolución dictada en la audiencia de fecha diecinueve de noviembre del año en curso, por el Juez de Garantía de Santa Cruz, doña Carla Capello Valle, que decreta la medida de prisión preventiva de los imputados Francisco González Gamboa, Víctor Barra Carreño y Yonathan Gómez Valdivia; con la asistencia del Ministerio Público representado por la abogada, doña Carolina Rojas y de la Defensoría Penal Pública representada por el abogado don Leonardo Díaz Valencia.

El Recurrente, Sr. Díaz, señala que les perjudica no se haya acogido el incidente planteado en relación con la actuación de la asistente del Fiscal en la audiencia en que se decretó la prisión preventiva, con infracción al artículo 132 inciso 1º del Código Procesal Penal.

En cuanto al fondo, reiteró los fundamentos y peticiones del recurso que rola a fojas 10 de estos antecedentes, e hizo presente que procede se revoque la resolución apelada pues de acuerdo a las circunstancias del caso y teniendo en cuenta el artículo 72 del Código Penal y la concurrencia de las atenuantes de los N° 6 y 9 del mismo cuerpo legal se llega a la convicción que la aplicación de cualquier otra cautelar satisface los fines del procedimiento.

Con respecto al imputado González Gamboa la prisión preventiva es también impropcedente por

no cumplirse a su respecto los requisitos del artículo 140 letra b del Código Procesal Penal.

Además señala que su participación sería de encubridor y tiene irreprochable conducta anterior. Señala que les perjudica que no se haya acogido el incidente planteado en relación con la actuación de la asistente del Fiscal en la audiencia en que se decretó la prisión preventiva, con infracción al artículo 132 inciso 1º del Código Procesal Penal.

Por su parte la recurrida, Srta. Rojas, solicitó se confirme la resolución impugnada, toda vez que ésta se encuentra ajustada a derecho.

Luego que ambas partes replicaron reiterando sus alegaciones, el Tribunal luego de deliberar, resolvió:

VISTOS:

Atendido el mérito de lo expuesto por los intervinientes en la presente audiencia con relación a la falta de competencia de la asistente del Ministerio Público y con respecto a la peligrosidad que resulta la libertad de los imputados, esta Corte comparte el predicamento de la Juez de Garantía de Santa Cruz, se confirma la resolución dictada en la audiencia de fecha diecinueve de noviembre del año en curso, escrita a fojas 8 de esta carpeta.

Devuélvase.

Concluida lo cual se puso término a la audiencia, firmando el Tribunal con la Sra. Relatora, como ministro de fe.

Rol Corte N° 304-2005.-

- Señala que en virtud del artículo 132 inciso 1º, en relación con el artículo 393 bis, el abogado asistente del fiscal se encuentra habilitado para requerir de acuerdo al artículo 391, artículos todos del Código Procesal Penal.

Tribunal: Corte de Apelaciones de San Miguel.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra del fallo condenatorio dictado en procedimiento simplificado aduciendo la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. Fundó su recurso en el hecho de haber sido requerida la imputada en la audiencia de control de detención por la abogado asistente del fiscal, contraviniéndose el artículo 132 del código del ramo, consistiendo la infracción del derecho en haber sido condenada una persona en base a un requerimiento efectuado por una persona no habilitada. La Corte rechazó el recurso señalando que el artículo 132 inciso 1º del Código Procesal Penal se refiere a que los abogados asistentes pueden comparecer a la audiencia de control de detención y realizar todas las diligencias que se señalan en el referido artículo, y como el artículo 393 bis se refiere a las actuaciones que se realizan en la audiencia de control de detención, resulta lógico concluir que el requerimiento señalado es una actuación derivada de dicha audiencia, en la que, por ende, puede participar el abogado asistente del fiscal. En la lógica referida, sólo resulta posible concluir que la imputada fue requerida conforme a la ley, además de haber cumplido el acto en cuestión su finalidad respecto de todos los interesados.

El voto de prevención concurrió a la decisión teniendo en consideración, además, que lo que resguarda el artículo 132 es la comparecencia a un tribunal de justicia para resolver la situación del detenido y que, tratándose de una sola audiencia que cumple dos fines, no resulta razonable fraccionarla en dos partes: una en que puede actuar el asistente de fiscal, y otra en la que le está vedado.

Texto completo:

San Miguel, veintiocho de diciembre de dos mil cinco.

VISTOS:

En los autos RUC 0500591927-6, RIT 2088-2005 Juzgado de Garantía de San Bernardo, sobre procedimiento simplificado, por sentencia de diecisiete de noviembre del presente año se condenó a Alejandra Yanet Chávez Barría a sufrir la pena de multa de dos unidades tributarias mensuales por su responsabilidad como autora del delito consumado de porte ilegal de arma de fuego, cometido en San Bernardo el 17 de noviembre del año en curso.

En contra de dicha sentencia se interpuso recurso de nulidad por el Defensor Penal Público de San Bernardo don Miguel Retamal Fabry, fundado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en la sentencia se haya hecho una errónea aplicación del derecho

que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Estimado admisible el recurso, en la audiencia respectiva intervinieron la Defensoría Penal Pública y el Ministerio Público y se fijó para la lectura del fallo el 28 de diciembre de 2005.

Con lo oído y considerando.

PRIMERO: Que la causal de nulidad que invoca la Defensoría Pública es la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, sosteniendo que en la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo al infringirse los artículos 132 inciso primero y 393 bis del referido Código.

En cuanto a la errónea aplicación del artículo 132 inciso primero del Código Procesal Penal argumenta que la audiencia del juicio simplificado realizada en estos autos se efectuó el 17 de noviembre

último, compareciendo el fiscal don Robinson Arriagada Higuera, acompañado por la abogada asistente del Fiscal doña Tatiana Cuadra Sepúlveda, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 inciso primero del Código citado y en esa condición procedió a tomar el control de detención, pero al continuar la audiencia, la abogada asistente del fiscal procedió a comunicar a la imputada en forma verbal el requerimiento a que se refiere el artículo 391 del Código citado por el delito de porte y tenencia de arma de fuego y solicitó proceder de inmediato conforme a lo establecido en la ley; ante esta actuación, la defensa se opuso alegando que el artículo 132 inciso primero es claro en señalar y limitar las actuaciones que puede realizar el abogado asistente del fiscal en la primera audiencia judicial del detenido.

El Juez de Garantía desestimó esa oposición en atención a los cambios que ha sufrido el Código Procesal Penal, entre ellos la licencia que se da a los asistentes de fiscales para concurrir a las audiencias de control de detención y por encontrarse presentes en la audiencia la asistente junto al fiscal de la causa, por lo que el tribunal estimó que el órgano persecutor, Ministerio Público, estaba debidamente representado.

Al permitir el Juez de Garantía la intervención en la audiencia de la abogada asistente del fiscal por el solo hecho de encontrarse acompañada del fiscal adjunto don Robinson Arriagada ha vulnerado la norma constitucional del artículo 19 n°3 inciso quinto de la Constitución Política de la República en el sentido que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y esto, a su vez, debe relacionarse con lo previsto en los artículos 6 y 7 del cuerpo constitucional, por cuanto los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas legales dictadas conforme a ella y no deben atribuirse otra autoridad o derecho que los que expresamente se les hubieren conferido.

La abogada asistente del fiscal doña Tatiana Cuadra actuó fuera de las facultades que el mandato constitucional y la Ley Orgánica del Ministerio Público confieren al Fiscal Adjunto, ya que carece de tal calidad y nombramiento suficiente para ejercer y sustentar la acción penal pública, calidad que sólo tiene el fiscal adjunto.

Además, la abogada asistente del fiscal, doña Tatiana Cuadra, actuó fuera de los límites legales establecidos, porque si bien la actual normativa permite la comparecencia de los asistentes a la primera audiencia del artículo 132 del Código Procesal Penal, ello no los ha facultado expresamente para formular requerimientos en la referida audiencia. Esto se confirma por el hecho que el artículo 393 bis que regula esta clase de procedimientos no fue modificado por la ley 20.074 (que modificó el artículo 132) y dispone que el fiscal debe comunicarle al imputado en forma verbal en la audiencia de control de detención el requerimiento a que se refiere el artículo 391.

Una interpretación armónica de estas disposiciones impide a los asistentes requerir verbalmente en dicha audiencia. Lo expresado ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que éste no habría podido condenar a una persona que no ha sido requerida conforme a la ley y por funcionario competente con las facultades legales para tales fines.

SEGUNDO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 359 del Código Procesal Penal el recurrente produjo como prueba el registro de audio de la audiencia en la parte de la individualización, del requerimiento y de la oposición a esa actuación.

TERCERO: Que cuando la Constitución Política se refiere al órgano persecutor alude al Ministerio Público y no al fiscal como funcionario; y junto al fiscal, también se encuentran contratados como funcionarios del Ministerio Público los abogados asistentes del fiscal.

CUARTO: Que la modificación introducida por la ley 20.074 al artículo 132 inciso primero del Código Procesal Penal, se refiere a permitir que los abogados asistentes del fiscal puedan comparecer a la audiencia de control de detención y realizar todas las diligencias que se señalan en referido artículo y como el artículo 393 bis del Código citado se refiere a las actuaciones que se realicen en la audiencia de control de la detención resulta lógico concluir que el requerimiento señalado en el artículo mencionado es una actuación derivada de la audiencia referida del control de detención en la que puede participar por consiguiente el abogado asistente del fiscal.

QUINTO: Que en estas condiciones el requerimiento practicado por el abogado asistente a la imputada Alejandra Yanet Chávez lo fue en el ejercicio de sus funciones y por consiguiente ésta fue requerida conforme a la ley, habida consideración además que el acto en cuestión ha cumplido su finalidad respecto de todos los interesados.

SEXTO: Que en virtud de lo expuesto la causal de nulidad deducida habrá de ser desestimada, porque no se advierte, en la especie, que se haya configurado la causal del artículo 373 letra b del Código Procesal Penal, por infracción del artículo 393 bis del mismo Código. Por el contrario, de lo razonado se concluye que se ha dado correcta aplicación a la normativa vigente que regula el procedimiento simplificado.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 384 del Código Procesal Penal se declara que **SE RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública en contra de la sentencia de diecisiete de noviembre del año en curso del Juzgado de Garantía de San Bernardo, la que por consiguiente no es nula.

Se previene que el Abogado Integrante señor Carlos Kunsemüller Loebenfelder concurre a la decisión, teniendo además en cuenta las siguientes consideraciones:

1.- Lo que se garantiza a través del artículo 132 del Código Procesal Penal, es la comparecencia ante un tribunal de justicia, a fin de que resuelva sobre la situación del detenido -control jurisdiccional- y en este, caso se cumplió cabalmente con el mandato legal.

2.- El artículo 393 bis del Código citado establece un juicio simplificado inmediato, donde se aplica un mecanismo de aceleración consistente en la decisión de mantener la detención adoptada por el fiscal y la posibilidad de plantear en forma verbal el requerimiento. El efecto que se produce consiste en la posibilidad de proceder de inmediato conforme al procedimiento simplificado, transformándose la audiencia de control de detención en una audiencia de juicio simplificado. (El Código Procesal Penal, Rodrigo Cerda San Martín y Francisco Hermosilla Iriarte, Pág 415). Tratándose de una sola audiencia, que cumple dos fines, no parece razonable fraccionarla en dos partes, una en que puede actuar el asistente del fiscal y otra en que le está vedado, más aún, si

como ocurrió en la especie, el fiscal estuvo presente en toda la audiencia, cumpliéndose, por tanto, con las formas o ritualidades. Sobre las meras formalidades debe prevalecer el acatamiento al principio esencial del control jurídico de la detención, que en este supuesto específico se extiende -sin solución de continuidad- al requerimiento para proceder conforme al procedimiento simplificado, aceptado en este caso por el imputado, quien no ha sufrido ningún perjuicio reparable sólo con la invalidación de lo obrado.

Se dio a conocer lo resuelto a los intervinientes, se ordenó notificar por el estado diario y se levantó la presente acta que firma la señora relatora, quien actuó como Ministro de fe.

Regístrese.

Redacción de la Ministro señora Gabriela Hernández Guzmán y de la prevención, su autor.

RUC: 0500591927-6.

RIT: 2088-2005.

ROL: 561-2005.

Pronunciado por los ministros señoras Gabriela Hernández Guzmán, Marta Hantke Corvalán y abogado integrante señor Carlos Kunsemüller Loebenfelder.

- **Declara que la decisión absolutoria en base a la ilicitud de la prueba resulta improcedente si previamente las partes no han debatido sobre ella.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en contra del fallo absolutorio del Juez de Garantía. Al efecto argumentó que la absolución basada en la supuesta ilicitud de la prueba aportada por la Fiscalía implica tanto una errónea aplicación de las normas del procedimiento simplificado, como desconocer la actividad procesal de las partes, al restarle valor a la prueba presentada por una presunta ilegalidad en la privación de libertad ambulatoria que nunca fue reclamada por la Defensa. La Corte acogió el recurso, en voto dividido, señalando que se infringieron los artículos 395 y 396 del Código Procesal Penal al no haber invitado a las partes a debatir sobre la supuesta ilicitud de la prueba, omisión que implicó una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo al no permitir a los intervinientes, en la única oportunidad posible, debatir sobre la procedencia de la prueba en que se sustentó el requerimiento del Ministerio Público.

El voto de minoría estuvo por rechazar el recurso, por estimar que el juez debe proceder a dictar sentencia en base a los antecedentes suministrados por la Fiscalía. En el caso en concreto, en la fase de valoración de los antecedentes, el Juez debió restar todo valor probatorio a aquellas pruebas que a su entender provenían de actuaciones ilegales. Ello, porque el Juez de Garantía es el ente custodio de las garantías judiciales, pudiendo al efecto actuar de oficio de acuerdo al artículo 10 del Código Procesal Penal, así como es el llamado a excluir las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas u obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. El no planteamiento por parte de la Defensa, no puede inhibir al juez para que en la fase valorativa de la prueba, concluya siguiendo el mandato que le impone la ley.

Texto completo:

La Serena, a veintinueve de noviembre de dos mil cinco.

VISTOS:

A fs. 12 comparece don Enrique Labarca Cortés, Fiscal Adjunto de La Serena, por el Ministerio Público e interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada el 19 de octubre último por el Juez de Garantía de La Serena don Iván Corona Albornoz quien absolvió al imputado Fredy Raúl Araya Arquerros como autor de la falta prevista en el artículo 50 de la Ley N° 20.000.

Funda su recurso en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere

influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo especialmente en lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal, de acuerdo a los fundamentos:

1) Atipicidad de la conducta: sostiene el fallo que de los antecedentes en que se fundamenta la imputación, no se desprende claramente que el porte o tenencia de la droga se haya cometido en alguno de los lugares a que se refiere el inciso 1° del artículo 50 citado, en consideración a que el imputado ocupaba un vehículo al momento de trasladar la droga encontrada en su poder con lo cual el porte o tenencia no era público, por lo que no se dan las exigencias legales establecidas en la descripción típica que hace el artículo 50 de la Ley N° 20.000.

2) Exclusión de prueba e ilegalidad de la actuación policial.- El segundo argumento de la sentencia para absolver al imputado se fundamenta en

que no es posible condenar a una persona basándose en medios de prueba obtenidos en forma ilegal, la que en su concepto radica en la autorización legal policial previa para registrar al requerido, y no se daban los supuestos del artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que importa una errónea aplicación de las normas del procedimiento simplificado, y desconocer la actividad procesal de las partes, por cuanto hay otros mecanismos para reclamar la ilegalidad de la privación de libertad ambulatoria como es el amparo del artículo 95 del mismo cuerpo legal.

Termina solicitando se anule la sentencia y el juicio y se realice un nuevo juicio por el juez no inhabilitado que corresponda.

Declarado admisible el recurso se llevó a efecto la audiencia correspondiente y se fijó para la lectura del fallo el 29 de noviembre en curso a las doce horas.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que consta de esta carpeta que don Fredy Raúl Araya Arqueros fue requerido en procedimiento simplificado por infracción al artículo 50 de la Ley N° 20.000, hecho ocurrido el 18 de junio de 2005 a las 21.55 hrs. en calle Los Placeres al llegar a la intersección con calle Lincoyán, Población 17 de Septiembre.

SEGUNDO: Que la detención del requerido se llevó a efecto por Carabineros de Chile en circunstancias que efectuaban patrullajes, percatándose que se encontraba al interior del taxi colectivo patente DX 1739 estacionado en el lugar, quien guardaba en el bolsillo de su pantalón, un trozo de papel de toalla nova, que contenía bolsas de nylon transparente tipo helado que contenía cocaína que arrojó un peso bruto de 1,7 gramos, hecho que no ha sido debatido en este procedimiento, lo cual consta de los motivos 1° y 2° del fallo en estudio.

TERCERO: Que según consta de los antecedentes, el requerido nunca alegó en su defensa la ilegalidad de la detención, ni de la idoneidad de las pruebas presentadas en su contra. Asimismo no consta en el proceso que haya habido recurso alguno, constitucional ni legal para impugnar el actuar policial.

CUARTO: Que la sentencia en su considerando CUARTO argumenta que aún cuando se pudiese discutir la existencia del delito fundándose en la naturaleza del lugar donde se produjo el porte o

tenencia, la ausencia de convicción del tribunal radica en las circunstancias en que el personal policial procedió al registro de las vestimentas del imputado y al hallazgo de la droga, sin que de los antecedentes aparezca la razón legal para practicarle un control de identidad por darse en los hechos los supuestos del artículo 85 del Código Procesal Penal.

QUINTO: Que el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal establece que procederá la declaración de nulidad del juicio y de la sentencia cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

SEXTO: Que en cuanto a la primera alegación acerca de si el porte o tenencia se produjo en un lugar público, dicha circunstancia no fue determinante para el juez para llegar a la convicción a que llegó, ni se pronunció sobre la concurrencia del artículo 50 inciso 1° de la Ley N° 20.000, razón por la cual no se acogerá en esta parte la alegación del recurrente.

SÉPTIMO: Que el juez adquirió la convicción de absolver en razón de la ilicitud de la prueba aportada por el Ministerio Público, estimando que ésta infringió garantías constitucionales como el debido proceso y la libertad personal.

OCTAVO: Que, al razonar de esta forma el juez infringió la norma de los artículos 395 y 396 del Código Procesal Penal al no haber invitado a las partes a debatir sobre la supuesta ilicitud de la prueba.

NOVENO: Que, en consecuencia dicha omisión implica una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo del momento que no se permitió a los intervinientes a debatir sobre la procedencia de la prueba en que se sustentó el requerimiento del Ministerio Público, siendo la única oportunidad de hacerlo, por lo que procede la nulidad del juicio y de la sentencia ya que en la especie aparece con claridad que el sentenciador no pudo dictarla del modo que lo hizo, al no haberse alegado, ni probado en la causa el hecho de la detención ilegal que argumenta en su fallo, por lo cual ha incurrido en la causal de nulidad establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Y visto además lo señalado en los artículos 19 N° 3 de la Constitución Política del Estado, 372 y siguientes del Código Procesal Penal se ACOGE el

recurso de nulidad interpuesto por don Enrique Larbarca Cortés Fiscal Adjunto de La Serena en contra de la sentencia de diecinueve de octubre de dos mil cinco, dictada por el Juez de Garantía de La Serena don Iván Corona Albornoz por la cual se absolvió al imputado Fredy Raúl Araya Arqueros de los cargos formulados en su contra como autor de la falta prevista en el artículo 50 de la Ley N° 20.000, y consecuentemente se anula la sentencia y el juicio simplificado determinándose que el procedimiento queda en estado de citarse a los intervinientes para la realización de un nuevo juicio simplificado por un Juez de Garantía no inhabilitado.

Acordada con el voto en contra del ministro señor Shertzer quien fue de parecer de rechazar el recurso de nulidad deducido por el fiscal adjunto representante del Ministerio Público, teniendo para ello en consideración lo siguiente:

a) Que no cabe duda, de acuerdo con lo que se concluye en el motivo cuarto del fallo impugnado, que en definitiva, el único fundamento cierto que llevó a decisión jurisdiccional absolutoria, fue la ausencia de prueba para acreditar la existencia de la falta prevista y sancionada en el artículo 50 de la ley N°20.000.

Tal carencia de elementos de convicción, se deriva de la circunstancia de haber estimado el juez de garantía, ante quien se siguió el procedimiento, que no podía considerar la «prueba obtenida» en que se funda la imputación del Ministerio Público, por cuanto lo había sido con infracción de garantías constitucionales como la del debido proceso y de la libertad personal. En efecto, argumentó, de la descripción de los hechos contenidos en el requerimiento, transcripción del parte policial y de las declaraciones de los carabineros que practicaron el registro de vestimentas del imputado, no aparecía de modo alguno la existencia de indicios que dieran cuenta de que éste se encontraba cometiendo un crimen o simple delito, o que se disponía a hacerlo, para los efectos de proceder a su control de identidad de acuerdo con el artículo 85 del Código Procesal Penal. Y aún más, argumentó, en ninguno de los antecedentes fundantes de la imputación aparece que se haya procedido formalmente a ello, sino que los funcionarios policiales se limitaron a «fiscalizarlo» procediéndose derechamente al registro de su vestimenta, diligencia no autorizada por no producirse en el marco de un debido control de identidad, como ya se ha razonado.

b) Que así las cosas, de acuerdo con la normativa del procedimiento simplificado, en relación con la admisión de responsabilidad del imputado (art. 395), resulta inconcuso que el juez debe proceder a dictar sentencia en base a los antecedentes suministrados por el Ministerio Público, y precisamente, en el caso in limine litis, ha acontecido que en la fase de valoración de los antecedentes para construir decisión jurisdiccional, es que el juez de garantía, por las razones que ha invocado, debió restar todo valor probatorio a aquellas pruebas que a su buen entender provenían de actuaciones ilegales, razones que el disidente comparte plenamente.

c) Que en fin, es precisamente el juez de garantía el ente custodio de las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile, pudiendo al efecto actuar de oficio, como lo señala el artículo 10 del Código Procesal Penal, y también es el mismo juez el llamado a excluir las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas, y aquellas que, como en el presente caso, haya estimado que fueron obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales (art. 276) como la del debido proceso y de la libertad personal. Ahora, si bien tal anomalía no fue planteada por la defensa, ello no puede inhibir al juez para que en la fase valorativa de la prueba, haya concluido lo procedente, siguiendo el mandato de la Ley y en cumplimiento de sus naturales funciones.

d) Que por todas las reflexiones señaladas, habiéndose dictado absolutoria por no encontrarse justificada la existencia del delito dada la ausencia de prueba idónea, el disidente no entiende de qué manera el juez ha podido aplicar erróneamente el derecho en los términos en que se sustenta el recurso, para dar por establecida la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que sólo tiene lugar cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo; todo lo cual no ha acontecido.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de doña María Angélica Schneider Salas, ministro titular y del voto disidente, su autor, ministro presidente de sala don Juan Pedro Shertzer Díaz.

Rol Corte N° 306-2005.

- **Declara admisible el recurso de queja en contra de las juezas del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal por la sentencia condenatoria dictada en reemplazo de una sentencia previa anulada, pero rechaza el recurso por la prevalencia del artículo 387 del Código Procesal Penal por sobre el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de queja en contra de las juezas del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal que dictaron una sentencia condenatoria luego de haber sido anulada la primera sentencia, así como el juicio oral, por la causal del artículo 374 letra e) en relación con la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal por haber fundamentado su decisión con una argumentación híbrida, intrínsecamente contradictoria y reñida con la lógica. La Corte declaró admisible el recurso de queja en virtud de lo dispuesto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, pero advirtió que dicha disposición se encontraba en contradicción con el artículo 387 del Código Procesal Penal. Por dicha contradicción, los Ministros recurrieron a las normas de interpretación legal que hacen predominar al segundo sobre el primero por su especialidad, debiéndose, por ende, rechazar el recurso. Además, en virtud del elemento sistemático en la hermenéutica legal, la Corte hizo presente que la reforma procesal penal dejó los recursos procesales en contra de las sentencias definitivas como algo excepcional como consecuencia necesaria del principio de la inmediación. En virtud de lo expuesto, la Corte estimó que carecía de la competencia para volver a analizar la prueba rendida y valorada en la sentencia recurrida. Finalmente, en cuanto a la argumentación de la Defensa de haberse vulnerado el principio de la cosa juzgada, la Corte señaló que de modo alguno ello ocurrió, por cuanto la cosa juzgada sólo emana de las sentencias definitivas e interlocutorias ejecutoriadas, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, carácter que no tiene el fallo anulatorio invocado por la recurrente, pues sólo dispuso la realización de un nuevo juicio oral.

Texto completo:

Talca, catorce de diciembre de dos mil cinco.

VISTO:

A fs. 68 el abogado don Gonzalo Ferrada Molina, domiciliado en calle Yerbas Buenas 472-A de la ciudad de Linares, en representación judicial de Humberto Manuel Gerardo Velasco Letelier, agricultor, de su mismo domicilio, presenta recurso de queja en contra de las juezas del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la misma ciudad, doña Jeannette Valdés Suazo, doña Claudia Mora Cuadra y doña Laura Cecilia Torrealba Serrano, quienes cometiendo flagrante falta o abuso, en la causa Rit N°015-2005, Ruc N° 0200141817-6, por sentencia de 24 de agosto del año en curso condenaron a su representado a la pena de tres años de reclusión menor en su grado medio como autor del delito previsto y sancionado

en el artículo 366 bis en relación con el artículo 366 ter del Código Penal vigente a la fecha de su comisión, en perjuicio de su hija Paula María José Velasco Ruiz, perpetrado en el mes de diciembre de 2001 en Linares. Asimismo, fue condenado a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena; a la pena de interdicción del derecho de ejercer la guarda de su indicada hija, de ser oído como pariente en los casos que la ley designa, y de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el término de tres años contados desde que haya dado cumplimiento a la pena impuesta. Además, se le privó de la patria potestad de su hija señalada. Se le remitió condicionalmente la pena corporal impuesta, quedando sujeto a control, por el tiempo de ésta, y debiendo cumplir las demás exigencias contenidas en el artículo 50 de la ley N° 18.216, prohibiéndosele ingresar y acceder a las intermediaciones del

hogar y del establecimiento educacional de la ofendida P.M.J.V.R. El recurrente, en primer lugar, hace presente la admisibilidad, en el presente caso, del recurso de queja, pues se cumple con los requisitos exigidos por el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, ya que se trata de una sentencia definitiva respecto de la cual no procede recurso alguno, según lo previene el artículo 387 del Código Procesal Penal, en la que las jueces recurridas habrían cometido faltas o abusos graves, las que, en síntesis, según lo expresa, son las siguientes: 1.- En cuanto al hecho punible: 1.1.- Nunca se ha acreditado en el proceso, a ciencia cierta, cuál es la causa de una pequeña cicatriz de una herida en el vagina de la menor ofendida, detectada en diciembre de 2002, en circunstancias que los hechos imputados a su representado son de diciembre de 2001. 1.2.- No se ha demostrado en el proceso cuál sería la cuchara u otro elemento que habría sido utilizado por el acusado para cometer los hechos que se le imputan, y poder determinar, con certeza, que ellos causaron la lesión descrita. 1.3.- Ninguno de los facultativos que atendió a la menor ofendida en diciembre de 2001 conoció, del dicho de ella, que hubiere sido objeto de algún acto inmoral de parte de su padre. 1.4.- Ninguno de los facultativos detectó, claramente, una herida sangrante en la menor ofendida, que señaló su madre existir en sus declaraciones de diciembre de 2001, sino que una mera coloración que pudo deberse a una infección vaginal. 1.5.- Ninguna prenda de la menor ofendida, existente a la fecha de ocurrencia de los hechos, con supuestas manchas de sangre, fue acompañada al proceso ni exhibida a los médicos. 1.6.- La cicatriz de una herida inespecífica puede obedecer a múltiples hechos acaecidos durante el año 2002, sin que nadie pueda afirmar, con certeza, que ello se deba a una acción consistente en una supuesta tocación con una cuchara, que no penetró en la vagina; y 1.7.- La pomada recetada por el médico a la menor ofendida el 8 de diciembre de 2001 es un antihongo que, claramente, no se receta para heridas. Concluye aseverando que lo anteriormente expresado permite sostener que no se ha demostrado, más allá de toda duda razonable, en forma lógica, científica y según las reglas de la experiencia, que existió la acción delictiva por la que se condena al acusado. 2.- En cuanto a la participación del acusado: 2.1. Se pretendió acreditar la participación del acusado con la declaración de la menor

ofendida, de 4 años de edad, esto es, de una persona carente de toda madurez psicológica, influida inevitablemente por su madre, quien presenta trastornos mentales mixtos, histrionismo y narcisismo, según lo reconoció en su propia declaración ante el tribunal sentenciador, correspondiente al diagnóstico psicológico del doctor Italo Sigala. 2.2.- La menor ofendida adolece de la enfermedad denominada alopecia, que se asocia a situaciones de angustia y ansiedad, enfermedad de que padece desde su nacimiento, y no obedece, como señalan los médicos, a los problemas vividos por la menor, los que de acuerdo al mérito del proceso, son principalmente causados por las relaciones de conflicto en las que entra con su madre (declaración de la psicóloga Carmen Rocío Domínguez Febrero), a quien el 28 Juzgado Civil de Santiago, en causa por violencia intrafamiliar denunciada por el acusado contra la madre de la menor, condenó a aquélla a realizarse un tratamiento psicológico. 2.3.- Dos informes psicológicos del imputado afirman que tiene capacidad para discernir entre lo bueno y lo malo socialmente, y que no tiene ninguna tendencia perversa ni pedófila. 2.4. Todos los testigos de la defensa que declararon en el proceso coinciden en la conducta social y sexual normal del acusado. 2.5. Se pretende acreditar la supuesta participación del acusado con el dicho de una menor de 4 años de edad, como única fuente, pues todas las demás son derivadas de la misma, frente a la declaración de su padre, de 51 años de edad, que se ha demostrado que es una persona normal psicológicamente, sin sufrir de anomalía o perversidad sexual alguna durante todos los años de su vida; que dos psicólogas -las señoras Baeza y Huerta- reconocen que sus entrevistas con la menor duraron media hora, y en el caso de la primera, no tenía por objeto hacerle un examen propiamente tal; que la única psicóloga que atendió nueve sesiones a la niña, la señora Carmen Domínguez, reconoció que cuando quiso adentrarse en el estado psicológico de la madre, Soledad Ruiz, la niña no quiso verla más, no pudiendo continuar el tratamiento. Asevera que, en consecuencia, más allá de toda duda razonable, la participación del acusado, conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científico sólidamente afianzado, no ha sido acreditada. Agrega que las jueces recurridas no han respetado la obligación de efectuar una exposición clara, lógica y completa

de cada uno de los hechos que se dieron por probados y la valoración de los medios de prueba conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, dictando sentencia condenatoria como si se les permitiese fallar de acuerdo a la libre convicción y, así, constituirse en jurado, más que en jueces letrados como exige nuestro sistema jurídico penal, vulnerando el principio de inocencia al dar por establecida la participación del acusado en un delito inexistente. Añade que la sentencia recurrida, además, desconoció lo resuelto por esta Corte al acoger el recurso de nulidad interpuesto en contra de la primera sentencia condenatoria. Señala que los hechos que motivaron el juicio anulado, y que se dieron por establecidos en ambas sentencias la anulada y la actualmente recurrida de queja, son idénticos, circunstancia que, en concepto del recurrente, produce una infracción al principio de la cosa juzgada, por cuanto esta Corte, en concepto del quejoso, declaró que los hechos imputados no se ajustaban al tipo penal materia de la acusación fiscal, efecto que se produce erga omnes, y no puede ser desconocido por los intervinientes, ni tampoco por los jueces que deben dictar sentencia. Al efecto, transcribe el motivo cuarto del fallo de esta Corte recaído en el aludido recurso de nulidad, en los siguientes términos: Que, se advierte así que para dar por acreditada una cierta figura penal -contacto corporal con significación sexual y de relevancia- se considera, como probanza de sustancial trascendencia, un cierto indicio-cicatriz en la vagina de la menor causada por una cuchara- que no es propio de dicha conducta típica, no la integra; se estructura con ello, entonces, una argumentación híbrida, intrínsecamente contradictoria y, por ende, reñida con la lógica. A fs. 96, el presente recurso fue declarado inadmisibles, atendido el mérito de los antecedentes y de conformidad a lo prevenido en el artículo 397 del Código Procesal Penal, mientras a fs. 108, en virtud de reposición deducida a fs. 104, fue acogido a tramitación, solicitándose informe a las jueces recurridas, el que evacuaron a fs. 114, 117 y 124, doña Claudia Mora Cuadra, doña Laura Cecilia Torrealba Serrano y doña Jeannette Valdés Suazo, respectivamente, las que coinciden en sostener, en síntesis, que valoraron la prueba producida en el juicio de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, y la sentencia recurrida consigna, en

forma clara y fundada, los razonamientos que tuvieron en consideración para adquirir convicción de condena, al establecerse la perpetración del hecho punible materia de la acusación, así como la autoría del quejoso en él, recurriendo para ello a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados, agregando que no se ha violado el efecto de cosa juzgada emanado del fallo de esta Corte, al anular la primera sentencia condenatoria, pues se limitaron a dar fiel cumplimiento a lo en él ordenado, esto es, realizar un nuevo juicio oral, y resolver en base a lo obrado en él. A fs. 128 esta Corte dispuso que se diera cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 549, letra b) del Código Orgánico de Tribunales por parte del tribunal que dictó la sentencia recurrida de queja. A fs. 148 se ordenó traer los autos en relación. A fs. 155 se acompañó por el recurrente carpeta en que se contienen los testimonios que allí se indican; además, informe pericial evacuado por el médico especialista en psiquiatría, don Pedro Naveillán Fernández. A fs. 158 consta que el día 7 de los corrientes se procedió a la vista del recurso, quedando la causa en acuerdo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que para un adecuado análisis del presente recurso de queja, es preciso, en primer lugar, dejar establecidos los siguientes presupuestos fácticos que tienen directa incidencia en su fallo, y que constan de los antecedentes tenidos a la vista: 1.1.- El 16 de mayo del año en curso, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares condenó al acusado Humberto Manuel Gerardo Velasco Letellier a la pena de 540 días de reclusión menor en su grado mínimo, a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa como autor del delito de abuso sexual de una persona menor de 12 años de edad, en grado de consumado, en perjuicio de la menor de 4 años de edad, P.M.J.C.V.R., ocurrido durante el mes de diciembre de 2001 en el domicilio de éste ubicado en la ciudad de Linares. Se declaró, asimismo, que el acusado quedaba privado o inhabilitado para obtener la patria potestad de la menor señalada; privado de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes de la menor ofendida, así como de sus descendientes y ascendientes. Se le condenó, además, a las penas de interdicción del derecho de ejercer la

guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa (fs 40 de estos autos y 21 de la causa Rit 15/2005, Ruc 0200141817-6, tenida a la vista).

1.2.- El 26 de mayo último el acusado interpuso, para ante esta Corte, recurso de nulidad en contra de la sentencia indicada en el párrafo que antecede, el que fundó en las causales contempladas en los artículos 373, letra b) y 374, letra e) en relación con el artículo 342, letra c), ambos del Código Procesal Penal, solicitando que se declarara nula la sentencia, remitiéndose los autos al tribunal no inhabilitado para que dispusiera la realización de un nuevo juicio; en subsidio de lo anterior, pidió a esta Corte que resolviera como lo estimase más avenido a derecho o a equidad (fs.34 autos Rit 15/2005).

1.3.- El 16 de junio del presente año, la Primera Sala de esta Corte acogió el referido recurso de nulidad, en cuanto se lo fundó en la causal prevista en el artículo 374, letra e) en relación con la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, declarándose nulos tanto la sentencia como el juicio oral respectivos, debiendo procederse a la realización de un nuevo juicio oral por el tribunal no inhabilitado que corresponda. Para así decidirlo, sostiene el fallo de esta Corte, que la sentencia impugnada de nulidad, para dar por acreditada una cierta figura penal contacto corporal con significación sexual y de relevancia consideró, como probanza de sustancial trascendencia, un indicio cicatriz en la vagina de la menor causada por una cuchara que no es propio de dicha conducta típica, no la integra, estructurándose con ello una argumentación híbrida, intrínsecamente contradictoria y, por ende, reñida con la lógica. Por haberse acogido la causal en referencia, no se emitió pronunciamiento acerca de la otra causal en que, también, se basó el recurso anulatorio (fs. 91 de estos autos y 49 de la causa Rit 15/2005).

1.4.- El 24 de agosto último, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, conformado por jueces diversos a los que dictaron la sentencia invalidada, dando cumplimiento a lo ordenado por esta Corte, pronunciaron nueva sentencia, también condenatoria, en los términos expresados en la parte expositiva de este fallo (fs. 2 de estos autos y fs. 63 de los autos Rit 15/2005) fallo que, como ha quedado dicho, es el recurrido de queja por el acusado.

SEGUNDO: Que establecidos los antecedentes atinentes a la decisión del presente recurso de queja, cabe analizar si, como lo solicita el recurrente,

a través suyo, esta Corte se encuentra legalmente facultada para, corrigiendo las faltas y abusos que, en su concepto, habrían cometido los jueces recurridos, absolverlo o adoptar las medidas que estime procedentes para remediar tales graves faltas o abusos.

TERCERO: Que desde un punto estrictamente formal, al tenor de lo preceptuado en los artículos 545 inciso primero del Código Orgánico de Tribunales y 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, en la especie, concurren los requisitos que hacen precedente el recurso de queja. En efecto, estamos en presencia de una sentencia definitiva, pues tal es la dictada el 24 de agosto último por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, al poner fin a la instancia, resolviendo un conflicto jurídico de naturaleza penal, contra la cual no procede recurso alguno, por tratarse de una segunda sentencia condenatoria, pronunciada como consecuencia de haberse acogido el recurso de nulidad deducido en contra de la de 16 de mayo del año en curso, de igual carácter.

CUARTO: Que la circunstancia que el recurso de queja en estudio haya sido acogido a tramitación a fs. 108, en virtud del recurso de reposición contenido en lo principal del escrito de fs. 104, no obsta al análisis propuesto en el motivo 2º), pues ello sólo da cuenta del estudio de admisibilidad que manda el artículo 549, letra a) del Código Orgánico de Tribunales.

QUINTO: Que también es correcto sostener que la vigencia del recurso de queja, en cuanto expresión de las facultades disciplinarias de que están investidos los tribunales superiores de justicia, en especial, la Excma. Corte Suprema, las que les son expresamente reconocidas por el artículo 79 de la Constitución Política de la República, no admiten duda alguna. A mayor abundamiento, tales facultades disciplinarias no han sido derogadas expresa, tácita ni orgánicamente, luego de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal. Baste al efecto tener presente que ello no se comprendió en la última reforma constitucional prevista en la ley Nº19.050, y tampoco ha ocurrido así con las reformas introducidas al Código Orgánico de Tribunales en cuanto éste regula el recurso de queja, como aparece, entre otras, de las leyes Nº 19.665, 19.708, 19.806, 19.810, 19.861, 19.903, 19.919, 19.927, 19.947, 19.945, 19.968, 19.976, 19.991 y 19.990.

SEXO: Que no obstante lo expresado en la motivación que antecede, reconocido el fundamento constitucional de la vigencia del recurso de queja, a nivel legal, en la especie, entran en conflicto dos normas: el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales que, como se dijo, proclama su procedencia, y el artículo 387 del Código Procesal Penal, que la niega respecto de todo recurso en contra de la segunda sentencia condenatoria librada en el juicio oral.

SÉPTIMO: Que frente a tal dificultad, debe acudirse a las normas de interpretación contenidas en el párrafo 4 del Título Preliminar del Código Civil, específicamente, a la que consagra la prevalencia de las leyes especiales sobre las generales, y a aquella que hace aplicable en la labor de hermenéutica el elemento sistemático. Si se toman en consideración tales principios interpretativos, es de parecer de esta Corte que la aludida disposición del Código Procesal Penal, necesariamente, cabe aplicarla con preferencia a la indicada del Código Orgánico de Tribunales, pues ésta, en lo que nos interesa, regula la procedencia del recurso de apelación de toda sentencia definitiva contra la cual no cabe recurso jurisdiccional alguno, ordinario o extraordinario, mientras que aquélla consulta la improcedencia absoluta de recursos en contra de una clase de sentencia definitiva: la segunda condenatoria de naturaleza penal dictada en el juicio oral, como consecuencia de haberse invalidado la primera, en virtud de acogerse el recurso de nulidad interpuesto en su contra. Sin perjuicio de lo anterior, cabe consignar que las reformas introducidas por la ley N°19.374, de 18 de febrero de 1995, al tratamiento legal del recurso de queja, tuvieron por finalidad poner término a la praxis que lo llevó a transformarse en una verdadera tercera instancia, y contribuir a descongestionar la labor de la Excm. Corte Suprema a su respecto, en términos de no afectarse su labor como tribunal de casación, todo lo que se tradujo en que adquirió un carácter eminentemente disciplinario, y su procedencia, quedó limitada a hipótesis residuales, de escasa ocurrencia, casi de laboratorio procesal. En el caso que nos ocupa, a partir de la entrada en vigencia de la citada ley, no procedía el recurso de queja en contra de la sentencia definitiva penal condenatoria, pues ésta, si se trataba de la de primera instancia, era susceptible de los recursos de apelación (artículos 54 bis y 510 del Código de Procedimiento Penal) y de casación en la forma (artículo 535 del

Código de Procedimiento Penal), mientras que la de segunda instancia era impugnabile por la vía de casación de forma y fondo (mismo artículo 535). Ese era el escenario del recurso de queja antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal: la sentencia definitiva condenatoria en materia penal no podía ser revisada por medio del recurso de queja y, por lo tanto, malamente podía invalidársela o dejársela sin efecto a través suyo.

OCTAVO: Que la entrada en vigencia del Código Procesal, entre otras reformas substanciales, contempló la relativa a la regulación de los recursos, una de cuyas características comunes es su calidad de extraordinarios, al proceder sólo contra determinadas resoluciones judiciales y siempre que se cumplan ciertos presupuestos para su procedencia. En suma, en cuanto es atinente a la materia de que se trata, se los redujo drásticamente, como reacción a la sobredimensión que de ellos había bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal, proscribiéndose la reformatio in peius y la actuación oficiosa del tribunal que deba fallarlos. En el caso concreto del recurso de nulidad, que como se expresó, fue el que en la especie motivó el pronunciamiento de la segunda sentencia condenatoria, el legislador no permite que el tribunal ad quem, en su fallo, al acogerlo, altere los hechos fijados soberanamente por el tribunal a quo ni, en consecuencia, que revalore la prueba rendida ante él, por cuanto no constituye una instancia, posición que es coherente con la centralidad atribuida al juicio oral en el nuevo sistema procesal penal, en que un tribunal colegiado, con plena aplicación del principio de inmediación, escucha a los intervinientes, recibe las pruebas por ellos ofrecidas y resuelve el conflicto jurídico de tal naturaleza, fallo que no es susceptible de apelación, pues si así no fuera, habría de repetirse el juicio ante el tribunal de alzada. Por ello es que no cabe sino concluir que el recurso de nulidad es de derecho, y vela porque se respeten durante el procedimiento garantías procesales, normas procedimentales; y de derecho sustantivo en el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

NOVENO: Que en lo que se refiere al caso que nos ocupa, lo expresado en la consideración que antecede, en concepto de esta Corte, constituye el espíritu de la legislación procesal penal vigente, por manera que, de acuerdo a él y a la situación que reviste actualmente el recurso de queja, según se

concluyó, a través suyo este tribunal carece de competencia, sin contravenir tal ordenamiento, como lo pretende el recurrente, para entrar a ponderar, nuevamente, la prueba rendida del modo dicho ante el tribunal de la causa ni, consecuentemente, alterar los hechos por él establecidos.

DÉCIMO: Que sólo a mayor abundamiento, en la hipótesis de proceder conforme a la pretensión del recurrente, acogiendo el presente recurso disciplinario e invalidándose la sentencia dictada por el tribunal de juicio oral, y se dispusiere la realización de un nuevo juicio, y en el evento que la sentencia fuere, nuevamente, condenatoria, estaríamos ante la posibilidad de interponerse otro recurso de queja, el que podría repetirse indefinidamente, de reiterarse la hipótesis descrita, produciéndose lo que Julio Maier (citado por Cristián Arias en Revista de Estudios de la Justicia, Número 1, página 167, año 2002) denomina *regressus in infinitum*, situación que atenta contra la certeza jurídica, que constituye uno de los fines del derecho, y cuya observancia es imperativa para el órgano jurisdiccional.

UNDÉCIMO: Que no puede dejar de observarse por esta Corte la alegación de la recurrente, contenida en el recurso y reproducida en estrados, en orden a que el fallo recurrido de queja habría vulnerado la cosa juzgada emanada de la sentencia que dictó esta Corte, conociendo el recurso de nulidad Rol N°325-2005 (fs. 45 autos Rit 15/2005 tenidos a la vista), y que invalidó el fallo impugnado. Sobre el particular, esta Corte se hace un deber recordar que la cosa juzgada sólo emana de las sentencias definitivas e interlocutorias firmes, conforme lo preceptúa el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por remisión del artículo 52 del Código Procesal Penal, carácter que no reviste la sentencia que falla un recurso de nulidad, como tampoco ocurre con la de casación; y lo único que hizo dicho fallo anulatorio fue disponer la realización de un nuevo juicio oral, lo que el tribunal a quo cumplió, dictando la sentencia que ha sido objeto de este recurso de queja.

DUODÉCIMO: Que así las cosas, forzoso es concluir que el presente recurso de queja debe ser desestimado, por lo que resulta impertinente hacerse cargo de la prueba acompañada por el recurrente.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribuna-

les; 4, 13 y 24 del Código Civil; 364 y 387 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de queja deducido en lo principal del escrito de fs. 68.

Regístrese, archívense y devuélvanse los autos tenidos a la vista, previa agregación de copia autorizada del presente fallo.

Redacción del Ministro Eduardo Meins Olivares.

Rol N0505-2005.

- **Declara que la presentación de una querrela suspende la prescripción penal en los términos del artículo 96 del Código Penal.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

Conociendo de un recurso de apelación en contra de la resolución del Juez de Garantía que sobreseyó definitiva y totalmente fundada en la prescripción de la acción penal, la Corte declaró que, según lo dispone el artículo 96 del Código Penal, la prescripción de la acción penal se suspende desde que el procedimiento se dirige en contra del delincuente, requisito que se cumple con la presentación de una querrela en su contra. Agregó que para ello no obsta lo establecido en el artículo 233 letra a) del Código Procesal Penal, por cuanto su redacción no contiene elementos que permitan interpretar que la formalización es la única vía apta para producir la suspensión de la prescripción excluyendo otros hechos que cumplan con la norma sustantiva del código punitivo.

Texto completo:

La Serena, catorce de diciembre de dos mil cinco.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que se ha interpuesto recurso de apelación en contra de la resolución dictada por doña María Inés Devoto Torres, Juez de Garantía de Coquimbo, en audiencia de 17 de noviembre de 2005, en la que se decretó el sobreseimiento definitivo y total, fundado en la prescripción de la acción penal, en la causa iniciada en contra de Miguel Eduardo Morales Barrenechea por el delito de giro doloso de los cheques serie 47B-68 5253853, 047B-45 5253854 y 047B-22 5253855, girados contra el Banco Scotiabank Sud Americano, sucursal La Serena, protestados por orden de no pago con fechas 6 y 23 de agosto de 2004, y 21 de septiembre del mismo año, respectivamente, según la formalización de fojas 39.

SEGUNDO: Que de conformidad con el artículo 34 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, la acción ejecutiva contra los obligados al pago de un cheque protestado y la acción penal prescriben en un año contado desde la fecha del protesto.

TERCERO: Que según lo que dispone el artículo 96 del Código Penal, la prescripción se suspende desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente, condición que en la especie debe

entenderse cumplida con la presentación de la querrela de fojas 1 al tribunal de garantía, el 11 de agosto de 2005, de lo que se sigue que a dicha fecha sólo había transcurrido el plazo de prescripción de un año respecto del cheque N°5253853, debiendo entenderse suspendida la prescripción de la acción penal respecto de los otros dos cheques.

CUARTO: Que no obsta a lo expresado precedentemente lo dispuesto en la letra a) del artículo 233 del Código Procesal Penal, en cuanto menciona la suspensión de la prescripción de la acción penal como uno de los efectos que derivan de la formalización de la investigación, pues la redacción de la norma no contiene elemento alguno que permita interpretar que esta sea la única forma de suspender la prescripción, excluyente de otros hechos que, cumpliendo la norma sustantiva del citado artículo 96 del código punitivo, den lugar también a la suspensión de la prescripción de la acción penal.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas, y lo previsto en los artículos 102 del Código Penal y 253 y 370 del Código Procesal Penal, SE REVOCA, la resolución dictada por el Juez de Garantía de Coquimbo en audiencia de diecisiete de noviembre de dos mil cinco, escrita a fojas 40 de estos antecedentes, que declaró prescrita la acción penal y decretó el sobreseimiento definitivo y total en la causa, declarándose, en su lugar, que la declaración sobre prescripción y sobreseimiento definitivo se mantiene exclusivamente en lo que respecta a la acción

penal emanada del cheque Serie 047B-68 N° 5253853 girado por \$700.000, disponiéndose la continuación del procedimiento respecto de la acción penal emanada de los ilícitos relacionados con los cheques Serie 047B-45 N° 5253854 por \$700.000 y 047B-22 N° 5253855 por \$750.000.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del abogado integrante Sr. Fernando Bustamante Mora.

Rol Corte N°331-2005.-

- **Declara que al tenor del artículo 96 del Código Penal cualquier acto procesal es suficiente para suspender la prescripción.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Arica.

Resumen:

Frente a la resolución del Juez de Garantía de decretar el sobreseimiento definitivo de la causa por encontrarse prescrita la acción penal, tanto el querellante como el Ministerio Público apelaron. Basaron sus apelaciones en los hechos de haberse presentado querrela y solicitado citación a la audiencia de formalización de la investigación, actuaciones que implicaron dirigir el procedimiento en contra de los imputados, como lo exige el artículo 96 del Código Penal. La Corte acogió los recursos de apelación señalando que la suspensión de la prescripción de la acción penal, como contestemente afirman tanto la doctrina como la jurisprudencia, comienza con la ejecución de cualquier acto procesal que busque investigar el hecho denunciado. Agregó que la norma del artículo 233 letra a) del Código Procesal Penal no excluye la norma sustantiva del artículo 96 del Código Penal, de ahí que desde que se promueven actos de procedimientos válidos, como el iniciado ante el Juzgado de Garantía que declaró admisible la querrela presentada, o cualquier otro acto jurídico procesal que dé impulso al inicio del procedimiento, como lo fue la petición de la Fiscalía de fijar audiencia para formalizar la investigación, se debe tener por suspendida la prescripción. Ello, tanto más que la organización de la audiencia constituye un acto jurisdiccional propio del tribunal que alcanza también a la citación de los imputados e intervinientes, que no es atribución de la Fiscalía. La no comparecencia de los imputados no puede ser obstáculo para estimar que no se ha iniciado procedimiento alguno en su contra en los términos del artículo 96 del Código Penal. Lo contrario sería afirmar que la ausencia del imputado produce de pleno derecho que la solicitud de la fijación de la audiencia para formalizar quede sin efecto.

Texto completo:

Arica, cuatro de enero de dos mil seis.

VISTO:

Se reproduce la resolución en alzada.

TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: A fojas 5 de esta carpeta de antecedentes, el abogado Arnaldo Salas Valladares, querellante en la causa RUC N° 0400400430-8, RIT N° 3747-2005, deduce recurso de apelación en contra de la resolución de fecha cinco de diciembre de dos mil cinco, dictada por el Sr. Juez de Garantía de Arica, don Juan Carlos Orellana Venegas, en audiencia de formalización de igual fecha, a través de la cual declaró prescrita la acción penal emanada del artículo 137 de la Ley 18.700, sobreseyendo definitiva y parcialmente el proceso respecto de los imputados

SONIA ELIZABETH SALGADO HENRIQUEZ y CIRO OMAR ALBORNOZ BURGOS.

Funda su recurso en la disposición de los artículos 364 al 371 del Código Procesal Penal indicando que tratándose en la especie de una resolución que sobresee definitiva y parcialmente en el proceso a los imputados ya nombrados, ella es susceptible de apelación de conformidad a lo dispuesto en el artículo 253 del mismo cuerpo legal.

Sostiene que cuando el Juez de Garantía de Arica Sr. Juan Carlos Orellana Venegas, declaró prescrita la acción penal y sobreseyó definitivamente y parcialmente el proceso, habría privado al Ministerio Público de sus facultades de investigación que le corresponde en forma establecida por la ley ya que de esa manera, le ha impedido investigar los hechos materia de la querrela, así como también cualquier otro elemento que puede influir en la

extinción de la responsabilidad criminal de los imputados.

Agrega, que la causal de suspensión del plazo de prescripción contemplada en el artículo 233 letra a) del Código Procesal Penal, no sería aplicable en la especie y que el fundamento empleado por el Juez de Garantía para resolver que sólo la audiencia de formalización tiene el efecto de suspender el plazo de prescripción de la acción penal no es de igual modo aplicable porque habría operado la suspensión del plazo de prescripción ya que, el referido artículo 233 letra a) del Código Procesal Penal debe entenderse supeditado a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal, y en virtud de esta última disposición, el plazo de prescripción de la acción penal se suspende desde que el Ministerio Público desarrolla la investigación, bastando que el Fiscal haya decretado una diligencia en un procedimiento, independientemente de la forma que este se inicie y que ese procedimiento se dirija en contra de un delincuente para que se cumpla ese presupuesto.

A mayor abundamiento, existiendo una querrela criminal que fue declarada admisible y acogida a tramitación, ésta representa el ejercicio de la acción penal en un procedimiento.

Así las cosas, el ejercicio de la acción penal pública ejecutado por el querellante en el mes de octubre de dos mil cinco, habría producido la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal siendo, además, la actuación del Ministerio Público en orden a solicitar al Juez de Garantía la fijación de una audiencia de formalización de la investigación, la que produce sin lugar a equívocos, dicha suspensión.

Concluye solicitando en su recurso, concretamente que se revoque la resolución recurrida y en su lugar se declare que no se hace lugar a la solicitud de sobreseimiento definitivo por ser este improcedente en esta etapa del proceso y además, por encontrarse suspendido el plazo de prescripción desde la fecha de la resolución que fijó la audiencia de formalización, esto es desde el veinte de octubre de dos mil cinco en aplicación del artículo 96 del Código Penal.

SEGUNDO: Que a fojas 19 de esta carpeta de antecedentes el Fiscal Adjunto Jefe de Arica Sr. Manuel Félix González Zapata dedujo recurso de apelación en esta causa en contra de la resolución

del cinco de diciembre de dos mil cinco, ya descrita precedentemente en virtud de la cual se sobresee definitivamente a los imputados SONIA SALGADO HENRIQUEZ y CIRO ALBORNOZ BURGOS, por el delito de cohecho contemplado en el artículo 137 de la Ley 18.700, al estimar que se encuentra prescrita la acción penal desde el momento que se formalizó a los imputados habiendo transcurrido ya el plazo de 1 año que contempla el artículo 153 a) de la Ley 18.700, se habría cumplido.

Funda su recurso en el hecho que con fecha diecinueve de octubre de dos mil cinco se solicitó audiencia para comunicar la formalización del delito investigado en contra de los imputados en esa causa, entre los que se encuentran SONIA SALGADO y CIRO ALBORNOZ BURGOS.

Esta audiencia, se llevó a efecto el día veintiséis de octubre de dos mil cinco pero no se pudo formalizar respecto de SONIA SALGADO y CIRO ALBORNOZ BURGOS por su inasistencia a pesar de haber sido válidamente notificados, razón por la cual el Tribunal de Garantía despachó órdenes de detención en su contra. Sostiene que el día cinco de diciembre comparecen voluntariamente ante el Tribunal de Garantía los 2 imputados ya referidos, efectuándose en dicho momento la audiencia de formalización en la cual, la defensa solicitó su sobreseimiento definitivo por haberse extinguido la responsabilidad penal de los mismos ya que habría transcurrido el plazo de 1 año que contempla la Ley 18.700 para estimar prescrita la acción penal sin que el Ministerio Público hubiese formalizado la causa, único acto que, según lo estima la defensa, suspende el curso de la prescripción de conformidad al artículo 233 del Código Procesal Penal, argumento que es compartido por el Juez de Garantía en la resolución recurrida por lo que éste procede a sobreseer definitivamente a los imputados SONIA SALGADO HENRIQUEZ y CIRO ALBORNOZ BURGOS.

Estima que tal resolución no se ajusta a derecho toda vez que no se consideró que el Ministerio Público había comenzado previamente una investigación a partir de la denuncia estampada en los partes N° 47 y 48 de la Tenencia de Carreteras de Cuya de Carabineros de Chile, de fecha treinta y uno de octubre de dos mil cuatro, por lo que desde esa fecha se comenzó la investigación.

Sostiene que la norma sustantiva que regula la suspensión de la prescripción es la del artículo 96 del Código Penal, que determina que esta se suspende desde que existe un procedimiento que se dirige contra el delincuente.

Agrega que existiendo actuaciones propias del Ministerio Público que culminan con petición de audiencia de formalización con el objeto que el Fiscal desarrolle la investigación criminal, ese solo acto ya interrumpe la prescripción. Que el razonamiento del Juez de Garantía permite la impunidad del imputado ya que con la sola fuga u ocultamiento a la espera de la audiencia en cuestión se favorece la impunidad, lo que distorsiona el sentido y fundamento de la institución de la suspensión de la prescripción, la que consiste en que ésta impide lograr la impunidad por medio de la prescripción, cuando los órganos estatales están precisamente juzgando al hechor.

Agrega que si oportunamente el diecinueve de octubre de dos mil cinco se solicitó la audiencia para formalizar la investigación, la que se llevó a efecto el veintiséis de octubre y a la que no asisten los imputados SONIA SALGADO HENRIQUEZ y CIRO ALBORNOZ BURGOS, por lo que se decide mantener su orden de detención, no puede estimarse que esa acción, la de no poder formalizar, sea un factor a considerar, ya que en tal caso queda entregado a la voluntad del imputado que la institución de la suspensión se cumpla o no.

Continúa diciendo que del mismo modo ya existía desde el diecisiete de octubre de dos mil cinco una querrela criminal en contra de estos imputados interpuesta por el querellante particular HERNAN MERY AHUMADA, la que fue declarada admisible con fecha dieciocho de octubre de dos mil cinco, siendo notificada a los intervinientes de esta causa por correo electrónico, entre quienes se encontraba el abogado representante de doña SONIA SALGADO y remitido al Ministerio Público con fecha diecinueve de octubre.

Señala que ese acto procesal, de conformidad con el artículo 96 del Código Penal incide en el curso de la prescripción, puesto que de conformidad a esa norma, la suspensión opera desde que el procedimiento se ha dirigido en contra del imputado y siendo la querrela un medio idóneo para iniciar la investigación, esta produce el efecto de suspender el curso de la acción penal en los términos de la norma ya referida.

Concluye solicitando se invalide la sentencia recurrida y se la enmiende conforme a derecho declarando en su lugar que la acción penal no se encuentra prescrita dejando sin efecto al sobreseimiento de que han sido objeto los imputados ya aludidos.

TERCERO: Que conforme a lo expresado por los intervinientes en la audiencia de la vista de la causa fluye, además, que la defensa de los imputados solicitó a esta I. Corte la confirmación de la resolución recurrida, puesto que coincide con el Juez de Garantía en el sentido que la responsabilidad penal de los imputados SONIA SALGADO HENRIQUEZ y CIRO ALBORNOZ BURGOS, se habría extinguido por cuanto transcurrió el plazo de un año tipificado en la Ley 18.700, sin que según su criterio, se haya formalizado la investigación en contra de los mismos, y siendo éste el único acto que de conformidad al artículo 233 del Código Procesal Penal tiene el efecto de suspender el curso de la prescripción, si no se efectuó dentro del plazo contemplado en dicha ley especial, debe confirmarse la resolución del Tribunal de Garantía ya aludida.

CUARTO: Que así las cosas, es dable dilucidar en qué momento procesal la prescripción se suspende en los términos del artículo 96 del Código Penal en relación con el plazo contemplado en el artículo 153 a) de la Ley 18.700. Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, toda vez que la norma del artículo 233 letra a) del Código Procesal Penal, no es excluyente frente a la norma sustantiva del artículo 96 del Código Penal ya aludido.

Al respecto cabe tener presente que si bien es cierto la investigación llevada a cabo por el Fiscal del Ministerio Público con motivo del hecho que se imputa a SONIA SALGADO HENRIQUEZ y CIRO ALBORNOZ BURGOS a partir del día dos de noviembre de dos mil cuatro fue ejecutada bajo el amparo de la facultad que a éste le asiste en su calidad de tal, por mandato expreso de la ley, no lo es menos, que con anterioridad al día treinta y uno de octubre de dos mil cinco, fecha en que se cumplía un año desde la comisión del ilícito investigado, se promovieron actos de procedimientos que deben tenerse como válidos dentro del iniciado ante el Juzgado de Garantía de Arica en la causa RUC 0400400430-8, siendo el primero de ellos, la querrela criminal deducida en esta causa por el querellante particular Sr. HERNAN MERY AHUMADA en contra de la imputada

SONIA SALGADO HENRIQUEZ y en contra de quienes resulten responsables por el delito de cohecho electoral contemplado en la Ley 18.700. Esta querrela, al haber sido declarada admisible por el Tribunal de Garantía el día dieciocho de octubre de dos mil cinco, hecho no rebatido en la audiencia de la vista de la causa, constituye un acto jurídico procesal que da impulso al inicio del procedimiento, circunstancia esta última exigida por la norma sustantiva del artículo 96 del Código Penal para la suspensión de la prescripción, que contempla justamente esta situación, es decir, suspender el plazo desde que el procedimiento se dirige contra el imputado.

Incluso es un hecho resuelto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que el plazo que suspende la prescripción de la acción penal debe contarse desde que se ejecuta cualquier acto procesal que tenga por objeto investigar el hecho denunciado.

Del mismo modo si el Fiscal del Ministerio Público hizo uso de su derecho en cuanto a solicitar al Juzgado de Garantía, que se fije audiencia para formalizar la investigación, lo que efectuó el diecinueve de octubre de dos mil cinco. De igual modo, esa actuación debe tenérsela como una de las primeras del procedimiento.

QUINTO: Que al respecto cabe hacer presente que esta Corte disiente de lo expresado por el Juez de Garantía en el acta de audiencia que rola a fojas 1 a 4 de esta carpeta de antecedentes judiciales en el sentido que «el acto exclusivo y unilateral del Ministerio Público se ha producido en la audiencia» del día cinco de diciembre de dos mil cinco y que habría sido el acto de formalización, ya que muy por el contrario, el acto jurídico procesal unilateral ejercido por el Ministerio Público como su primera actuación en el proceso en los términos del artículo 7 del Código Procesal Penal en relación con los artículos 96 del Código Penal y 233 del Código Procesal Penal lo constituyó justamente, el hecho de haberse limitado éste, con fecha diecinueve de octubre de dos mil cinco, a solicitar al Juzgado de Garantía la fijación de una audiencia, para que se cite a todos los intervinientes en el proceso con el objeto de formalizar la investigación y comunicarla a éstos, para los efectos del artículo 229 del Código Procesal Penal. Esta solicitud de audiencia, el tribunal la admite a tramitación y resuelve fijar la misma para una

fecha y hora determinada que resultó ser la del veintiséis de octubre de dos mil cinco, es decir, antes del cumplimiento del plazo de un año contemplado en el artículo en el artículo 153 a) de la Ley 18.700, independiente del hecho que a la misma que el tribunal fijó para el veintiséis de octubre de dos mil cinco, no hayan concurrido dos de los imputados, de manera tal que la audiencia que se celebra posteriormente, el día cinco de diciembre, ya no constituía la primera actuación del proceso en los términos del artículo 7 del Código Procesal Penal ya citado puesto que el procedimiento en contra de los imputados, debe entenderse iniciado por parte del Ministerio Público el diecinueve de octubre de dos mil cinco y por parte del querellante el diecisiete de octubre de dos mil cinco, actos de procedimientos ambos, los cuales el tribunal admite a tramitación.

Dicha aclaración no es menor toda vez que no depende del Fiscal la organización de esa audiencia sino que la misma, constituye un acto jurisdiccional propio del tribunal que alcanza incluso a la citación de los imputados e intervinientes, como un acto único e indivisible, hecho este último que no es atribución de la Fiscalía, por lo que la no comparecencia de los imputados no puede ser obstáculo para estimar que no se ha iniciado procedimiento alguno en contra de estos últimos en los términos del artículo 96 del Código Penal, toda vez que la ausencia del imputado no podría producir de pleno derecho que la solicitud de la fijación de la audiencia para formalizar, quede sin efecto.

SEXTO: Que conforme a lo razonado precedentemente, lo expuesto por los intervinientes en la audiencia de la vista de esta causa, y siendo un hecho no discutido, que los días diecisiete y diecinueve de octubre de dos mil cinco respectivamente, se había iniciado proceso, entre otros imputados, en contra de SONIA SALGADO HENRIQUEZ y CIRO ALBORNOZ BURGOS, es dable concluir que el plazo de la prescripción de la acción penal no se cumplió por haber operado los actos jurídicos procesales ya descritos y aceptados por el Tribunal de Garantía, todo ello antes del transcurso de un año contado desde el día dos de noviembre de dos mil cuatro, por lo que esta Corte dará lugar al recurso de apelación interpuesto tanto por el querellante particular a fojas 5, como por el Ministerio Público a fojas 19 de esta carpeta de antecedentes.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 358, 370 y 371 del Código Procesal Penal, **SE REVOCA** la resolución apelada pronunciada por el Juez de Garantía de Arica, don Juan Carlos Orellana Venegas, en la audiencia celebrada el día cinco de diciembre de dos mil cinco, ante el Juzgado de Garantía de Arica registrada de fojas 1 a 4 de esta carpeta de antecedentes judiciales y, en su lugar SE DECLARA, que no encontrándose prescrita la acción penal derivada tanto de la querrela deducida en esta causa como de los hechos expuestos por el Ministerio Público en la investigación llevada a cabo en la causa RUC 0400400430-8 de ese Tribunal de Garantía, se deja sin efecto el sobreseimiento definitivo decretado por el Juez de Garantía don Juan Carlos Orellana Venegas, respecto de los imputados SONIA ELIZABETH SALGADO HENRIQUEZ y CIRO OMAR ALBORNOZ BURGOS, en dicha audiencia, y se repone la causa al estado de proseguirse su tramitación por Juez no inhabilitado, quien deberá dictar las resoluciones que en derecho corresponda.

Devuélvase.

Redacción de los integrantes de la Segunda Sala.

Rol N° 270-2005.ref.

- **Declara que no procede pretender dejar sin efecto una resolución judicial, respecto de la cual proceden los recursos procesales que la misma ley establece, mediante el recurso de amparo.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de amparo en contra de los jueces del Tribunal Oral en lo Penal que, en virtud de la implicancia de uno de sus miembros, anularon el juicio oral fijando una nueva fecha que supuestamente excedía el plazo establecido en el artículo 281 inciso 3 del Código Procesal Penal. Los jueces recurridos, informando el recurso, señalaron que el recurso de amparo no era procedente frente a su resolución, por cuanto la ley establece recursos procesales determinados para impugnarla, cual era el recurso de reposición. En cuanto a la solicitud de la Defensa de decretar la libertad de los acusados, señalaron que la prisión preventiva que pesaba sobre ellos había sido dictada conforme a derecho por el Tribunal competente, y revisada legalmente en las oportunidades respectivas, no procediendo pretender obtener su libertad mediante la impugnación de la resolución que anuló el juicio oral. Finalmente, sostuvieron que en virtud de la anulación del juicio oral, el plazo de 60 días había sido renovado, no habiéndose infringido el artículo 281 del Código Procesal Penal. La Corte, en voto dividido, rechazó el recurso de amparo, señalando que los imputados se encontraban privados de libertad por pesar sobre ellos la medida cautelar personal de la prisión preventiva, decretada por autoridad judicial competente, dentro de un procedimiento legalmente tramitado y con observancia de los requisitos y formalidades legales. Agregó, además, que en virtud de la acción entablada no se puede pretender dejar sin efecto una resolución judicial, respecto de la cual proceden los mecanismos de impugnación que la propia ley establece y que los intervinientes tienen derecho a interponer en las oportunidades que la misma ley les confiere.

El voto de minoría sostuvo que el recurso de amparo sí era una vía idónea para impugnar una resolución judicial, porque tratándose de una acción contemplada en la Constitución Política, prima sobre las normas legales, tanto más que el inciso final del artículo 21 de ésta señala que "la magistratura respectiva puede dictar las medidas que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado", entre las cuales puede considerarse comprendida aquella que busque dejar sin efecto una resolución judicial que se estime ilegal.

Texto completo:

La Serena, veinte de diciembre de dos mil cinco.

VISTOS:

A fojas 1 recurren de amparo JOSÉ LUIS CRAIG MENESES y CARLOS ESPERGUEN SEPÚLVEDA, abogados de la Defensoría Penal Pública IV Región, con domicilio en pasaje Manuel Peñafiel N° 293, oficina 204, Ovalle, en representación de los señores ANÍBAL ENRIQUE GUERRERO SEPÚLVEDA y LEONEL IVÁN ARAYA CARVAJAL, en relación con la causa R.U.C. N° 0500209164-1, Rol Interno del Tribunal N° 71-2005, del Tribunal Oral de Ovalle, en contra de la Primera Sala del Tribunal Oral en lo

Penal de Ovalle, integrada por los jueces Grisel Valleska Muñoz Ruiz, Manuel Esteban Rodríguez Vega y Jorge Lavín Saint-Piere, estos últimos subrogando legalmente, toda vez que al momento de resolver una incidencia planteada por la defensa sobre implicancia de uno de los jueces subrogantes, además de acoger la misma, anularon el inicio del juicio oral, fijando fecha para su realización el día 13 de febrero de 2006, a las 09:00 horas. Indican, que con fecha 24 de octubre del 2005, el Tribunal Oral de Ovalle, recibió el auto de apertura dictado el 20 de octubre de 2005, fijando fecha para la realización del juicio de conformidad a lo prescrito por el artículo 281 inciso 3° del Código Procesal Penal, para el día 16 de

diciembre último, a las 09:00 horas, a la que en dicha oportunidad se dio inicio, momento en el cual la defensa solicitó se declarará la implicancia del Juez señor Rodríguez Vega en conformidad al artículo 195 inciso tercero numeral 3º, por haber actuado en el mismo procedimiento como Juez de Garantía, específicamente en la audiencia de control de la detención, formalización y prisión preventiva (acogida) con fecha 01 de junio de 2005, tras lo cual y previa deliberación de rigor, el Tribunal Oral decidió anular la iniciación del juicio oral, acogiendo la implicancia señalada, fijando nueva fecha para la realización del juicio para el 13 de febrero de 2006, resolución que resulta arbitraria e ilegal, toda vez que no respetando texto expreso de la ley, esto es, el artículo 281 inciso 3º del texto legal señalado, fija una fecha para el juicio oral que excede con mucho el margen legal establecido. Señalan que se ha obrado ilegalmente pues se ha vulnerado el ya señalado artículo 281 inciso 3º del Código Procesal Penal el que resguardando el principio de presunción de inocencia fija un plazo que jamás se puede exceder para llevar a cabo el juicio oral y público, estableciendo que dicha audiencia no podrá tener lugar antes de 15 ni después de 60 días de la notificación del auto de apertura del juicio oral, hecho que ocurre, como señalaron con fecha 20 de octubre de 2005, sino que se fijo para 115 días después, con 55 días de exceso, en circunstancias que sus representados se encuentran privados de libertad desde el 31 de mayo de 2005 ininterrumpidamente. Agrega, que de conformidad al artículo 14 numeral 3, letra c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Chile, el imputado tiene derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, disposición que tiene rango Constitucional, de acuerdo al artículo 5 inciso 2º de la Carta Fundamental y además, que conforme al artículo 6 de la misma los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Señalan, que al no haberse ajustado a método de interpretación alguno por parte de la resolución recurrida se ha actuado arbitrariamente, si se considera que arbitrario se define como el Acto o proceder contrario a justicia, la razón o las leyes dictado sólo por voluntad o capricho, al efecto citan alguna Doctrina Nacional y convenciones internacionales como lo dispuesto en artículo 8 N° 1 de la Convención Americana de Derechos

Humanos y artículo 7 N° 5, los que reproducen. Agregan algunas consideraciones en cuanto a la procedencia del recurso, señalando que el recurso de amparo busca proteger la libertad del ser humano contra todo atentado que sufra en su derecho a la libertad ya sea que el origen de tal limitación provenga de un particular, o bien, de una autoridad judicial, cuando emita una resolución que lesione, perturbe o amenace la libertad personal, es decir el amparo constitucional tiene lugar cualquiera sea la fuente del agravio a la libertad o a la seguridad y expresan que al efecto el Código Procesal Penal no contempla recurso ordinario para impugnar la arbitrariedad o ilegalidad en referencia que mantiene o prolonga una privación de libertad, como se establece en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política del Estado y artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, que en su numeral 6, da derecho a recurrir ante el juez o tribunal competente, a fin de que éste decida sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En un sentido similar se encuentra el artículo 8 N° 2 letra h) del mismo cuerpo normativo citado. Finalmente, solicitan se acoja el presente recurso y reestableciendo el imperio del derecho: 1.- Se deje sin efecto la resolución que citó a Juicio Oral para el día 13 de febrero de 2006, a las 09:00 horas; 2.- Se cite a Juicio Oral dentro de los plazos legales, esto no más allá de 60 días contados desde la notificación del auto de apertura de juicio oral y; 3.- Ordenar la inmediata libertad de ambos acusados. Adjunta acta de control de detención, formalización y auto de apertura. A fojas 22, informan los Jueces recurridos, doña Gricel Muñoz Ruiz y Jorge Lavín Saint-Piere, quienes luego de referir los hechos en que el recurrente funda el recurso de amparo, expresan que estiman que no concurre la infracción que se les atribuye, en cuanto a la vulneración del artículo 281 inciso 3º del Código Procesal Penal, toda vez que el Tribunal al establecer la fecha de celebración del juicio oral la fijó dentro del plazo de sesenta días, iniciándose el indicado juicio, tal cual se fijó, el 16 de diciembre de 2005, que sin embargo, habiéndose decretado la inhabilitación de uno de los jueces que conformaban la sala única del tribunal, no restaba más que declarar nulo el juicio y fijar una nueva audiencia, cuestión a que procedió el tribunal, fijándola para el

día 13 de febrero de 2006, fecha que se suscribe dentro del plazo renovado de 60 días tras la declaración de la nulidad decretada. Agrega, que no estiman que proceda la interposición del presente recurso, conforme la naturaleza y contenido de la resolución recurrida, toda vez que el Recurso de Amparo según lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta Fundamental, procede cuando una persona se halla detenida o presa con infracción de ley, teniendo como último fin el recurso hacer cesar dicha detención ilegal por parte del órgano que arbitrariamente así lo haya decretado o mantenido, por lo que cabe hacer presente que en el presente caso la resolución por la que los representados de los recurrentes fueron sometidos a prisión preventiva, data de 01 de junio de 2005 y fue dictada por un tribunal diverso al Tribunal Oral de Ovalle, agrega que además dicha medida fue revisada por el Tribunal de Garantía el 20 de octubre del año en curso, de lo que se colige que los jueces recurridos, mediante la resolución que se pretende recurrir, ni mediante resolución alguna, han emitido pronunciamiento a ese respecto, ya que no han decretado la prisión preventiva, ni tampoco han decretado su mantención. Expresa, que el abogado recurrente contaba con otros mecanismos legales ante su no conformidad con la nueva fecha establecida, como lo es el recurso de reposición, establecido en el artículo 363 del Código Procesal Penal, ya que tras la declaración de inhabilidad se resolvió en la misma audiencia y sin mediar debate, fijan nueva fecha y hora para el juicio lo que conforme a la norma citada posibilita a los intervinientes que repongan en forma inmediata en la misma audiencia, por lo que la omisión de la defensa en dicha oportunidad no se puede suplir con el recurso ahora interpuesto; existiendo además como otro medio legal la solicitud por parte de la defensa de la revisión de medidas cautelares, lo que tampoco formuló el abogado defensor, por lo que se entiende que las circunstancias que dieron lugar a que se decretara la prisión preventiva, no han variado, indican entonces que teniendo presente que siempre les cabe a las partes la posibilidad de requerir su revisión, era aquella la vía lícita para evitar su mantención, y no el recurso de amparo, ya que mal se podría a través de la impugnación de la resolución que fija fecha para una nueva audiencia de juicio oral dejar sin efecto o evitar la mantención de la privación de libertad, que es el objetivo último de todo recurso de amparo. Por

último, reiteran que habiéndose declarado nulo el juicio iniciado, conforme la interpretación lógica y armónica del artículo 281 del Código Procesal Penal, se renueva el plazo de 60 días allí establecido, pues de lo contrario se arriesga caer en el absurdo de que cada vez que se anule un juicio, el que en un principio se llevó a cabo el día 59 o 60 del plazo, siempre el nuevo juicio se celebraría fuera del plazo legal y por tanto siempre sería ilegal, lo cual no se condice con la lectura que han dado los Tribunales para estos casos, y que en todo caso, el legislador permite al tribunal celebrar el juicio oral dentro del plazo de 60 días, siendo libre para disponer dentro de ese plazo, el día en que se celebrará, conforme su disponibilidad y la agenda que presente, lo que en este caso, habiéndose renovado el plazo, teniendo en cuenta la imposibilidad de constituir sala hábil de inmediato, el día sábado o domingo, estando además el Tribunal compuesto por una sala única, conformado por una juez titular y ningún juez interino, adicionado que ya estaban agendados 20 juicios orales sucesivos, 10 de los cuales tendrían una duración igual o superior a 2 días, y que uno de ellos a celebrar el 9 de enero de 2006 tendrá una duración estimada superior a una semana, es que respetando el plazo, no puede la sala sino fijar la audiencia el día 13 de febrero de 2006, debido al sobre número de audiencias. Adjunta certificación correspondiente a las causas a conocer por el Tribunal y de la audiencia celebrada el día viernes 16 de diciembre del corriente.

Que, a fojas 28 se ordenó traer los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la acción constitucional de amparo prevista en el artículo 21 de la Constitución Política constituye una garantía destinada a tutelar el bien jurídico libertad personal y seguridad individual, procediendo frente a privaciones, perturbaciones o amenazas a la libertad personal ocurridas con infracción a lo dispuesto en la Carta Fundamental o en las leyes.

SEGUNDO: Que conforme lo informado por los Jueces recurridos, se tiene por establecido que los amparados se encuentran privados de libertad por pesar sobre ellos la medida cautelar personal de la prisión preventiva, decretada por autoridad judicial

competente, dentro de un procedimiento legalmente tramitado y con observancia de los requisitos y formalidades legales, por lo que no se hará lugar a la presente acción de amparo.

TERCERO: Que, a mayor abundamiento, los hechos en que se hace fundar la acción cautelar intentada no son constitutivos de un recurso de amparo propiamente tal como el contenido en el artículo 21 de la Carta Fundamental, llegando además estos sentenciadores a la convicción de que en virtud de la presente acción no se puede dejar sin efecto una resolución judicial, respecto de la cual proceden los mecanismos de impugnación que la propia ley establece y que los intervinientes tienen derecho a interponer en las oportunidades que la misma ley les confiere, sin perjuicio de tener presente que la medida cautelar que pesa sobre los recurrentes puede ser objeto de revisión a fin de cautelar la garantía de la libertad personal.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República se RECHAZA, el recurso de amparo deducido por don JOSÉ LUIS CRAIG MENESES y CARLOS ESPERGUEN SEPÚLVEDA, en representación de los señores ANÍBAL ENRIQUE GUERRERO SEPÚLVEDA y LEONEL IVÁN ARAYA CARVAJAL, a fojas 1 y siguientes de autos.

Sin perjuicio de lo resuelto, atendido a que los acusados se encuentran privados de libertad y con el objeto de no prolongar tal situación, los jueces recurridos deberán atender preferentemente esta causa en orden a buscar razonablemente una fecha anterior a la fijada para la realización del juicio oral.

Se previene que el abogado integrante señor Leonel Rodríguez no comparte el fundamento tercero, en cuanto a que el recurso de amparo no sería la vía idónea para impugnar una resolución judicial, toda vez que en su opinión, tratándose de una acción contemplada en la Constitución Política, ésta primaría sobre la normación meramente legal del Código Procesal Penal o de otro estatuto de rango simplemente legal. Lo anterior resultaría avalado por lo dispuesto en el inciso final del artículo 21 de la Carta Fundamental, en cuanto señala que “la magistratura respectiva puede dictar las medidas que estime conducentes para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”, entre las cuales podría considerarse compren-

didadas aquellas que tienen por objeto privar de efectos a una resolución judicial que se estime ilegal.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 582-2005.-

- **Estima que la constancia en el acta respectiva de haber declarado el imputado en “conocimiento de sus derechos”, cumple con la exigencia del artículo 93 del Código Procesal Penal.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

El Ministerio Público apeló la exclusión como prueba de la declaración de un funcionario policial que escuchó la declaración del imputado, exclusión resuelta por el Juez de Garantía por una supuesta inobservancia de garantías fundamentales. La Corte, en voto dividido, revocó la resolución impugnada, señalando que el hecho de constar en el acta respectiva que declaró “en conocimiento de sus derechos”, en lugar de expresar habersele dado a conocer previamente sus derechos, demuestra que sí se cumplió con la exigencia del artículo 93 del Código Procesal Penal.

El voto de minoría estimó que en el acta de la declaración del imputado debe constar en forma expresa haberse dado cumplimiento a la facultad del imputado de conocer sus derechos, dando fe de la lectura previa de éstos.

Texto completo:

La Serena, veintidós de diciembre de dos mil cinco.

Siendo las 11:55 horas, ante la Segunda Sala de esta Corte de Apelaciones, presidida por el Ministro don Raúl Beltrami Lazo e integrada por el Fiscal Judicial don Humberto Mondaca Díaz y abogado don Leonel Rodríguez Villalobos, se lleva a efecto la audiencia fijada para la vista del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la resolución de veintinueve de noviembre último, por el Juez de Garantía de Coquimbo, don Daniel Urrutia que excluyó la declaración del testigo Cristián Montoya Rivera respecto de la declaración de imputado de día 19 de noviembre de 2003 por haber sido obtenida bajo la inobservancia de garantías fundamentales. Presentes en la audiencia el fiscal don Claudio Correa, en su calidad de recurrente y el defensor don Claudio García. Concedida la palabra al señor Fiscal, reproduce las argumentaciones y peticiones del recurso contenido en estos antecedentes. Su exposición queda registrada mediante el sistema de audio. Concedida la palabra al señor Defensor, solicita se confirme la resolución apelada. Su exposición queda registrada mediante el sistema de audio. Se otorgó a todas las partes la oportunidad de replicar.

Terminado el debate, la Sala se retiró a deliberar para dar a conocer, acto seguido, la siguiente resolución:

VISTOS:

Que del mérito de los antecedentes, del registro de audio de la audiencia de veintinueve de noviembre último, lo expresado por los intervinientes y, en especial, del acta de la declaración prestada por el imputado ante el funcionario de Investigaciones don Cristián Montoya Rivera, de fecha diecinueve de noviembre de dos mil tres, exhibida en la audiencia por el señor Fiscal, se puede presumir fundadamente que, en la especie, se dio cumplimiento a la norma contenida en el artículo 93 del Código Procesal Penal, en orden a poner en conocimiento previo a la declaración del imputado, mediante su lectura, de los derechos y garantías personales que en dicha disposición se indican, sin que sea exigencia una mayor formalidad, motivo por el cual no se observa razón jurídica alguna para excluir como prueba para el juicio oral el testimonio del citado funcionario policial respecto de la declaración del imputado prestada en la fecha ya señalada, la cual no ha sido, a juicio de estos sentenciadores, obtenida bajo inobservancia de garantías fundamentales.

Conforme a lo expuesto precedentemente y lo previsto en los artículos 276 y 277 del Código

Procesal Penal, SE REVOCA la resolución en alzada, en cuanto excluyó el citado medio probatorio y, en su lugar, se declara que debe admitirse como prueba testimonial la declaración del funcionario de la Policía de Investigaciones de La Serena don Cristián Montoya Rivera, para el juicio oral.

Acordada con el voto en contra del abogado integrante señor Rodríguez, quien fue de opinión de confirmar la resolución en alzada, toda vez que del acta de declaración del imputado ante el funcionario policial no consta en forma expresa haberse dado cumplimiento a la facultad del imputado de conocer sus derechos. En dicha acta, sólo constaría que éste conoce sus derechos, pero no se dio fe de la lectura previa de ellos que debió hacerse, actuación que comportaría la observancia del principio garantista. Sin perjuicio de lo anterior, este disidente hace presente que, a su parecer, no resultaría relevante la transcripción pormenorizada, uno a uno, de los derechos que le asisten al imputado según el artículo 93 del Código Procesal Penal, siendo suficiente el hecho de haberse leído en forma íntegra este artículo.

Devuélvase.

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

Dése copia a la parte que lo solicite verbalmente.

ROL N°351-2005 (JG)

- **Declara inadmisibile el recurso de apelación contra la resolución que declaró ilegal una detención.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

El Juez de Garantía declaró ilegal la detención del imputado efectuada por funcionarios policiales, resolución que el Ministerio Público apeló. La Corte declaró inadmisibile el recurso atendido lo establecido en el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal, ya que dicha resolución ni pone término al procedimiento, ni hace imposible su prosecución, así como tampoco lo suspende por más de treinta días.

Texto completo:

La Serena, veintitrés de diciembre de dos mil cinco.

Siendo las 13:05 horas, ante la Primera Sala de esta Corte de Apelaciones integrada por los Ministros Titulares señor Jaime Franco Ugarte, señora Marta Maldonado Navarro y Abogado Integrante señor Luis Gastón Iver Hudson, se lleva a efecto la audiencia fijada para la vista de recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la resolución dictada en audiencia de 5 de diciembre pasado por el Juez de Garantía de esta ciudad don Sergio Troncoso Espinoza, que declaró ilegal la detención efectuada por funcionarios de policía, respecto al imputado Germán Venegas Gallegos por el delito de dos homicidios frustrados ocurridos en esta ciudad el día 5 de diciembre, discutiéndose la figura de la flagrancia contemplada en el artículo 130 del Código Procesal Penal. Pide, se revoque la resolución en alzada y se declare legal la detención. La presente audiencia, la que es íntegramente grabada en sistema de audio, se lleva a cabo en presencia del Fiscal don Carlos Vidal Mercado y del Defensor particular don Raúl Castillo Castillo.

Concedida la palabra al Sr. Fiscal, éste reproduce las argumentaciones y peticiones del recurso contenido en estos antecedentes. Asimismo, el sr. Defensor, en primer término, que se declare inadmisibile la apelación deducida y en subsidio, se confirme la resolución en alzada. Terminado el debate, el Tribunal fija un receso para resolver.

Terminado el receso, el Tribunal da a conocer la siguiente resolución.

VISTOS:

Atendido el mérito de los antecedentes, lo alegado por los intervinientes en estrados y estimando que la resolución impugnada no se encuentra dentro de ninguna de las situaciones contempladas en la letra a) del artículo 370 del Código Procesal Penal, ya que no pone término al procedimiento, no hace imposible su prosecución ni lo suspende por más de treinta días, se declara INADMISIBLE la apelación deducida por el Ministerio Público contra la resolución dictada en audiencia de fecha 5 de diciembre pasado, que declaró ilegal la detención del imputado Germán Venegas Gallegos.

Con lo actuado, se levanta la presente acta, la que es firmada por el Tribunal y relatora que actúa como ministro de fe.

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

Rol N° 357-2005.-

- **Declara que contra la declaración de ilegalidad de una detención procede entablar el recurso de apelación.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago.

Resumen:

Frente a la admisión del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la resolución que declaró ilegal una detención, la Defensa interpuso un recurso de hecho que fue rechazado por la Corte de Apelaciones. En efecto, la Corte argumentó que ante la falta de una disposición expresa correspondía analizar los casos genéricamente previstos en el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal. Estimando la Corte que la declaración de ilegalidad es una sentencia interlocutoria de aquellas que establecen derechos permanentes a favor de las partes poniendo término al procedimiento al impedir el ejercicio de los derechos que se otorgarían al fiscal de solicitar la ampliación del plazo de una cautelar personal, poniendo término abruptamente el procedimiento de la detención, procede apelar de dicha resolución.

Texto completo:

Santiago, veintisiete de diciembre de dos mil cinco.

VISTOS Y TENIENDO EN CONSIDERACIÓN:

PRIMERO: Que don Gonzalo Rodríguez Herbach, defensor penal público actuando en representación de Jonathan Rodrigo Márquez Soto, en los autos RUC 0500482659-2, Ingreso de Corte 385-2005 por recurso de apelación presentado por el ministerio público, de acuerdo a lo establecido en el artículo 369 del Código Procesal Penal, recurre de hecho en contra de la resolución del Quinto Juzgado de Garantía de Santiago, de 11 de octubre pasado, dictada en audiencia, en la que se declaró ilegal la detención de su representado y argumenta para ello que de acuerdo a la ley tal decisión no es susceptible de ser recurrida de apelación.

SEGUNDO: Que al informar el juez del Quinto Juzgado de Garantía de Santiago, señala que se concedió la apelación deducida por el ministerio público, en el solo efecto devolutivo, teniendo en consideración que la declaración de ilegalidad de una detención se encuadra en las causales de procedencia de tal recurso, prevista en la letra a) del artículo 370 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 276 del mismo cuerpo de leyes, en el sentido que importa la ilicitud de la prueba que a través de la misma se hubiere obtenido, consiguientemente habría de acarrear la imposibilidad de prosecu-

ción del procedimiento, según lo ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia, que cita textualmente.

TERCERO: Que, conforme lo dispone el artículo 370 del Estatuto legal citado, las resoluciones dictadas por el juez de garantía son apelables, cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días, según reza su letra a); y cuando la ley lo señalare expresamente, como lo indica su letra b). Al no haberse dispuesto formalmente por el legislador que la declaración de ilegalidad fuese susceptible de impugnar por vía de apelación, habrá de determinarse si es de la naturaleza jurídica de aquellas que hacen posible el recurso y que de manera genérica se han pormenorizado en la letra a) del artículo 370 del Código Procesal Penal.

CUARTO: Que en la especie la declaración de ilegalidad de la detención, tiene el carácter de una sentencia interlocutoria de aquellas que establecen derechos permanentes a favor de las partes y pone término al procedimiento, toda vez que está impidiendo el ejercicio de los derechos que se otorgaría al señor fiscal de solicitar la ampliación del plazo de dicha cautelar personal, dándose por concluido abruptamente el procedimiento de la detención.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 369 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de hecho deducido por el Defensor

Penal Público señor Gonzalo Rodríguez Herbach.

Redacción de la Ministra Amanda Valdovinos Jeldes.

Comuníquese.

Pronunciada por la Quinta Sala de esta Corte integrada por los Ministros señor Carlos Gajardo Galdames, señora Amanda Valdovinos Jeldes y el Abogado Integrante señor Nelson Pozo Silva.

- **Declara legal la detención de los imputados por haber sido sorprendidos en situación de flagrancia.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago.

Resumen:

El Ministerio Público apeló de la resolución que declaró ilegal la detención de los imputados, alegando que ésta fue por flagrancia y, por ende, legal. La Corte, en voto dividido, acogió el recurso señalando que al percatarse el funcionario de la posibilidad de estar cometiendo un delito se acerca a controlar la identidad de los involucrados, situación plenamente descrita en el artículo 85 del Código Procesal Penal, acercamiento que provocó su huida e intento de deshacerse de la droga, que fue recogida por el funcionario. Con tal devenir de los sucesos, el funcionario los aprehendió por ser evidente la flagrancia de un delito o falta, terminando de ser del todo lícita la actuación policial.

El voto de minoría sostuvo que no se daban los presupuestos fácticos para dar por establecido que se estaba en una situación de flagrancia (distancia a que se encontraban los policías, imposibilidad de determinar quién compraba y quién vendía, etc.), y por otra parte tampoco se cumplieron los presupuestos legales del artículo 85 del Código Procesal Penal, siendo ilegal la detención policial efectuada.

Texto completo:

Santiago, veintisiete de diciembre de dos mil cinco.

OÍDOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que el Fiscal Adjunto de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Claudio González Soto, ha interpuesto un recurso de apelación en contra de la resolución adoptada por el Quinto Juzgado de Garantía, de fecha 1º de diciembre de 2005, en causa seguida en contra de los imputados Federico Andrés Madrid Salinas e Hipólito Eugenio Tapia Díaz, mediante la cual declaró ilegal la detención de éstos, los que se encuentran investigados por su participación en la comisión de un delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes;

SEGUNDO: Que la apelante sostiene que la resolución recurrida debe revocarse por cuanto la detención de los imputados fue por flagrancia y no en virtud de un control de identidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 129, en relación a la letra a) del artículo 130 del Código Procesal Penal;

TERCERO: Que ha quedado establecido con la intervención del Ministerio Público y de los Defen-

sores que el 30 de noviembre de 2005, aproximadamente a las 15 horas un carabinero que se desplazaba en motocicleta, ve a cierta distancia a dos sujetos montados cada uno de ellos en su bicicleta, que realizan, a su juicio, movimientos típicos de transacción de droga, por cuanto uno de ellos entrega unos papeles que serían billetes y el otro una bolsa de nylon transparente con polvo blanco en el interior.

CUARTO: Que tal observación constituye un indicio más que suficiente en orden a que podría estarse cometiendo un delito o una falta. Esta situación se encuentra plenamente descrita en el artículo 85 del Código Procesal Penal que le permite entonces controlar la identidad de las personas que realizan esta acción. Tal control de identidad no es más que, para como su nombre lo indica, establecer la individualización de las personas que han participado en este hecho y nada más. No se les está hasta ese momento imputando ningún delito, sino que sólo se pretendía dejar constancia de quienes estaban efectuando el intercambio de algún objeto.

QUINTO: Que al momento que el policía se acerca a los sujetos, al ver su presencia, huyen del lugar, lanzándose mutuamente la bolsa nylon antes

descrita, hasta que uno de ellos la arroja al suelo, siendo más adelante detenidos por el funcionario policial. Luego de periciada inicialmente la sustancia de la bolsa se estableció que era cocaína.

SEXTO: Que en el presente caso, al momento de proceder a la fuga los sujetos, y con ello impedir el control de identidad que se pretendía efectuar, se agrega un nuevo elemento cual es el tratar de deshacerse de la sustancia que estaba contenida en la bolsa de nylon. En este caso ahora pudo perfectamente el policía recoger la evidencia y proceder a la detención de los sujetos, puesto que se está en presencia de un delito o de una falta flagrante. En efecto. La sustancia recogida contenía cocaína. Ya sea que se la estaba traficando, ya sea que se la estaba portando en un lugar público, importa la comisión de un ilícito, que corresponderá determinar en la etapa correspondiente del procedimiento penal.

SÉPTIMO: Que de esta manera el actuar del carabinero que hizo la detención fue del todo apegada a derecho lícito, razón por la que no corresponde declarar ilícita la detención de los imputados.

Por estas consideraciones, y atendido lo dispuesto en los artículos 85, 129 y 130 del Código Procesal Penal, se revoca la resolución adoptada por el Quinto Juzgado de Garantía, de fecha 1º de diciembre de 2005, en causa seguida en contra de los imputados Federico Andrés Madrid Salinas e Hipólito Eugenio Tapia Díaz, mediante la cual declaró ilegal la detención de éstos, los que se encuentran investigados por su participación en la comisión de un delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes y, en su lugar, se declara que la detención de los imputados es legal.

Acordada con el voto en contra del abogado integrante señor Llanos, quien estuvo por confirmar la resolución en alzada en virtud de las siguientes consideraciones:

- 1º) Que la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, ratificada por Chile, establece en su artículo 7, al referirse al Derecho a la libertad personal, lo siguiente: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
- 2º) Que, por otra parte, en el Mensaje Presidencial del Código Procesal Penal, se señaló que el cambio político más importante en Chile ha sido la consolidación del modelo democrático, el que a su vez exige el respeto a los derechos humanos, como un principio fundamental de legitimidad. Ello plantea crecientes exigencias al sistema de administración de justicia, en lo referente a una justicia accesible, imparcial, igualitaria y que maximice las garantías;
- 3º) Que el Mensaje enfatiza el principio que obliga a tratar al imputado como inocente mientras no se haya dictado en su contra una sentencia condenatoria. Como corolario de este principio, el nuevo Código propone dar plena aplicación a la presunción de inocencia, afirmando que quien es objeto de un procedimiento criminal en calidad de imputado no debe sufrir, en principio, ningún detrimento respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales en tanto éstos no se vean afectados por la imposición de una pena;
- 4º) Que así las cosas, y en consonancia con lo establecido en el mencionado Mensaje Presidencial, el artículo 4 del Código Procesal Penal, refiriéndose a la presunción de inocencia del imputado, señala: Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme;
- 5º) Que el artículo 85, que se refiere al Control de identidad, establece lo siguiente: Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos. Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla. En caso de negativa

- de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación...
- 6º) Que, por su parte, el artículo 129 del CPP se refiere a la Detención en caso de flagrancia, señalando lo siguiente: Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima. Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito...;
- 7º) Que el artículo 130 del CPP, se refiere a la Situación de flagrancia, señalando que: Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia: a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito...
- 8º) Que la disposiciones legales transcritas y tal como se ha expuesto precedentemente, constituyen las bases fundamentales del respeto a los derechos humanos del imputado, y constituyen principios fundamentales de legitimidad del nuevo Código Procesal Penal;
- 9º) Que sobre la base de lo así expuesto, es absolutamente necesario que el procedimiento seguido por los funcionarios policiales se sujete estrictamente, en lo que se refiere al control de identidad, a lo que señala el artículo 85 del CPP, esto es, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo;
- 10º) Que, en la especie, los imputados fueron observados, por funcionarios policiales junto a sus bicicletas, conversando y efectuando algún tipo de transacción en la vía pública. Uno de ellos entregaba al otro unos papeles que parecían billetes y el otro una bolsa con una sustancia presumiblemente constitutiva de pasta base de cocaína. Ante la sospecha de que estuvieren efectuando alguna transacción sobre drogas, deciden acercarse motivo por el cual los imputados huyen del lugar y arrojan al suelo una bolsa que contiene 21.5 gr. de una sustancia presumiblemente constitutiva de pasta base de cocaína. Los funcionarios proceden a detener a los imputados por flagrancia, al constatar que portaban y transportaban sustancias estupefacientes. A ambos se les incautó dinero en billetes de baja denominación: mil y dos mil pesos;
- 11º) Que el Ministerio Público sostiene que la detención de los imputados se produjo en virtud de la comisión flagrante de un delito, esto es, en virtud del artículo 129 en relación a la letra a) del artículo 130 del CPP, y no como lo sostiene el tribunal de primera instancia que la detención de los imputados se produjo bajo el artículo 85 del referido código;
- 12º) Que los hechos descritos demuestran que los imputados fueron observados -suponemos que a una distancia apreciable para no ser percibidos por los imputados- conversando y efectuando algún tipo de transacción en la vía pública. Uno de ellos entregaba al otro unos papeles que parecían billetes y el otro una bolsa con una sustancia presumiblemente constitutiva de pasta base de cocaína. Ante la sospecha de que estuvieren efectuando alguna transacción sobre drogas, deciden acercarse motivo por el cual los imputados huyen del lugar los funcionarios policiales no pudieron observar cuál de los imputados estaba comprando droga y cuál de los dos la estaba suministrando;
- 13º) Que, el problema principal que se plantea en el caso de autos, es la falta de certeza respecto del rol que juegan los imputados en la transacción observada por los funcionarios policiales, ya que, a una distancia apreciable, es improbable determinar cuál imputado compraba qué del otro imputado, además de la imposibilidad de determinar, a ciencia cierta, cuál era el objeto real de la transacción que se efectuaba;
- 14º) Que el Ministerio Público, sostiene como uno de los puntos de su alegación que la experiencia de los funcionarios policiales que intervienen en este tipo de casos, sería una base adecuada para que estimaran que se estaba cometiendo un delito, pero ello no respalda suficiente su accionar cuando está en juego un valor esencial de la persona, cual es su libertad personal;
- 15º) Que, por otra parte, suponiendo que se estaba en presencia de una transacción de drogas, nada impediría suponer que uno de los imputados

podría estar adquiriéndola para su consumo personal, no obstante la dificultad de precisar también, a distancia apreciable, cuál de los imputados cumpliría este rol;

16º) Que, de los antecedentes considerados por estos sentenciadores, no es dable verificar tampoco el monto en dinero de la transacción que se habría efectuado, toda vez que el Ministerio Público, en su alegación, señala que se incautó dinero en el procedimiento policial, y no descarta que él podría también un origen lícito;

17º) Que, por los antecedentes anotados, es dable suponer que no se está en presencia de la comisión flagrante de un delito de acuerdo al artículo 129 en relación a la letra a) del artículo 130 del CPP, como lo sostiene el Ministerio Público para justificar la acción de los funcionarios policiales, ni se habrían dado los presupuestos legales para el control de identidad que contempla el artículo 85 de este mismo cuerpo legal, esto es, que los funcionarios tales como la existencia de un indicio que se hubiera intentado cometer un crimen, simple delito o falta, o de que se dispusieren a cometerlo.

Notifíquese al Ministerio Público y al Defensor Penal vía correo electrónico.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del ministro señor Jorge Dahm Oyarzún y del voto disidente, su autor.

Ingreso Corte N° 789-2.005.-

RUC N° 0500625845-1 RIT N° 1596-2005.-

- **Distingue entre ser conducido el detenido a la presencia del juez con inicio de la audiencia, siendo lo primero lo relevante para ver el cumplimiento del plazo de 24 horas del artículo 131 del Código Procesal Penal.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de queja en contra del Juez de Garantía que declaró ilegal la detención del imputado porque la audiencia de control de la detención se efectuó pasado el plazo de 24 horas. Alegó, al efecto, que ello se debió a causas imputables al Tribunal, ya que el detenido fue presentado materialmente dentro del plazo legal al Juzgado. Agregó que el Juez no le permitió formalizar de inmediato, disponiendo un receso en cuyo transcurso el imputado se fugó, además de haber faltado a su obligación de fundamentar sus resoluciones. La Corte acogió el recurso haciendo suyos los argumentos de la Fiscalía. El fallo estableció que se efectuó una detención judicial de acuerdo al artículo 127 del Código Procesal Penal, detenido que fue llevado por los agentes policiales que la realizaron a la presencia del juez que expidió la orden dentro del plazo contemplado en el artículo 131 del mismo código, viéndose retrasado el inicio de la audiencia de control de detención por razones en modo alguno imputables al Ministerio Público o a los funcionarios policiales. El Juez recurrido, al declarar ilegal la detención confundió la conducción ante el Tribunal con el inicio de la audiencia, además de no haber dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 36 del Código Procesal Penal al no dar las razones pertinentes, en relación con las normas contenidas en el párrafo 3º del mismo cuerpo legal, para declarar ilegal la detención, así como tampoco hacer referencia alguna al hecho de que tanto el imputado como los agentes policiales, el Ministerio Público y el Defensor se encontraban presentes en el tribunal dentro del plazo legal. Como además decretó un receso previo a realizar la audiencia de formalización, el inculcado desapareció, siendo posteriormente declarado rebelde, causándose de esa manera un daño irreparable al Ministerio Público, a la Policía y a la comunidad toda por la impunidad en que quedó el imputado.

Texto completo:

Valdivia dos de enero de dos mil seis.

VISTOS:

A fojas 7 doña Tatiana Esquivel López, Fiscal Adjunto del Ministerio Público de Valdivia, dedujo recurso de queja en contra del Juez de Garantía de esta ciudad señor Jorge Rivas Álvarez con motivo de las resoluciones que dictó en la causa RUC N° 0500267155-9 al declarar ilegal la detención del imputado Rubén Boris Riffo Vargas e impidiendo al Ministerio Público formalizar investigación en su contra, las que fueron pronunciadas en audiencia de fecha 29 de septiembre de 2005.- Señala que la madrugada del día 2 de julio del año 2005 dos sujetos ingresaron a la Joyería Bizama, ubicada en calle Caupolicán N° 544, local 12 de esta ciudad,

sustrayendo joyas y relojes evaluados en la suma de \$14.700.000, dándose a la fuga y en diligencias desarrolladas por la Fiscalía en conjunto con la Brigada Investigadora de Robos de la Policía de Investigaciones de Chile permitieron identificar a dos autores materiales del hecho y recuperar parte de las especies sustraídas. A petición del Ministerio Público el Juez de Garantía intervino en la causa a contar del 13 de septiembre pasado y el día 28 del mismo mes se formalizó investigación contra uno de los autores imponiéndole medidas cautelares.- Agrega que a petición del Ministerio Público y con el propósito de formalizar investigación contra el segundo autor material el día 28 de septiembre el Juez de Garantía señor Jorge Rivas Álvarez despachó orden de detención en contra de Rubén Boris Riffo Vargas, encargando su cumplimiento a la Brigada Investigadora de

Robos de la Policía Civil siendo cumplida el mismo día ya que se detuvo al imputado a las 13:20 horas en su domicilio en Valdivia; momentos después de la detención el imputado se entrevistó en el cuartel policial con su abogado de confianza Alejandro Medina Vásquez, quien firmó el acta policial de lectura de derechos al detenido y dentro del plazo legal el detenido fue conducido al tribunal para la audiencia de control de detención fijada para el día 29 de septiembre a las 13:00 horas, ingresando al tribunal a las 12:00 horas de ese día, es decir, con una hora de anticipación a la audiencia fijada.- Precisa que a esa hora se encontraba junto al defensor el imputado y el personal policial aprehensor; sin embargo la audiencia comenzó con un retraso de DOS horas por razones no imputables a la Fiscalía o a la Policía, y en la audiencia respectiva el Juez recurrido declaró ilegal la detención y decretó de inmediato la libertad del imputado e impidió al Ministerio Público formalizar investigación en esa audiencia y ante esa resolución, con el fin de asegurar la comparecencia del imputado a los actos de procedimiento, la Fiscalía solicitó que se fijara audiencia de formalización, la que se programó para el mismo 29 de septiembre a las 16:00 horas a la que el imputado no compareció, por lo que a petición suya se despachó nueva orden de detención en su contra, la que se encuentra pendiente de cumplimiento.- Las resoluciones recurridas son del tenor siguiente: 1ª resolución: Vistos y oídos: Teniendo únicamente presente que la audiencia se realizó, comenzó (sic) a realizarse pasadas las 15:00 horas del día de hoy y la detención se produjo a las 13:20 horas del día de ayer, con lo que se ha vulnerado así el espíritu del artículo 131, que dispone como plazo máximo para ser conducido ante el Juez, entendiéndose que el espíritu es ante el Juez, para revisar su situación procesal dentro del plazo máximo de 24 horas, no habiendo ocurrido ello por las circunstancias que fueran, dejándose constancia que también que hubo un amago de incendio en el Tribunal que entorpeció las diligencias de la mañana, es que se hace lugar a lo pedido por la defensa y se declara la nulidad de la detención..... dése orden de libertad en favor de Rubén Riffo Vargas.- 2ª resolución: ... El Tribunal resuelve que efectivamente, aun no ha sido puesto en libertad y la audiencia fue llamada para los efectos de, en esta audiencia se trató se decretó la nulidad de la prisión preventiva del imputado, por tanto no se hace lugar

a la formalización en este acto, se decreta la, dése orden de libertad a favor de Rubén Riffo Vargas (sic).- Señala que estas resoluciones fueron dictadas con infracción al artículo 79 de la Constitución Política de la República falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento y al artículo 36 del Código Procesal Penal, que alude al principio de fundamentación de las resoluciones judiciales.- - Ilegalidad de la detención.- La detención judicial tenía por objeto que el imputado fuera conducido a la presencia del Tribunal para efectos de formalizar investigación en su contra y eventualmente se adoptara alguna medida cautelar personal de mayor intensidad artículo 127 en relación al artículo 230 -ambos del Código Procesal Penal. El conducir al detenido a la presencia del Juez, es una obligación que recae en los agentes policiales que hubieren realizado la detención o en los encargados del recinto de detención artículo 131 inciso 1º del Código Procesal Penal - y ello en concordancia con el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este caso el Tribunal que expidió la orden, fue comunicado de la detención dentro del plazo legal y la policía condujo al detenido con una hora de anticipación a la audiencia fijada por el Tribunal para el control de la detención. Sin embargo, la detención fue declarada ilegal porque el detenido fue conducido ante el Juez fuera del plazo legal, razonamiento que sólo se explica porque el Juez recurrido confunde los preceptos: conducir a la presencia del Juez, con inicio de la audiencia y si bien la audiencia se verificó a las 25 horas y 40 minutos desde el momento de la detención, fue por una razón imputable al Tribunal, por lo que se encuentra el vicio de ilegalidad del actuar policial?, norma fue vulnerada por la policía?. La respuesta se encuentra en la ilegalidad de la resolución del señor Juez recurrido contraviniendo normas esenciales y expresas que regulan el procedimiento de detención judicial.- Impedir al Ministerio Público formalizar investigación en la audiencia de control de detención.- La formalización de la investigación es un acto exclusivo y privado de los Fiscales del Ministerio Público, el que debe realizar en presencia del Juez de Garantía. La oportunidad para efectuarla pertenece al Fiscal, lo que se desprende del artículo 230 del Código Procesal Penal, salvo el caso que se den los supuestos del inciso segundo de esa norma. En el

presente caso el Ministerio Público solicitó orden judicial de detención contra el imputado Rifo con el propósito de formalizar investigación, para que el tribunal resolviera sobre medidas cautelares, supuesto del inciso segundo del artículo 230, es decir, obedeció al cumplimiento de una obligación legal. Sin embargo el Juez de Garantía recurrido impidió al Ministerio Público cumplir con este deber legal, vulnerando el artículo 132 del Código Procesal Penal que establece que a la primera audiencia judicial del detenido, el Fiscal debe formalizar investigación y solicitar las medidas cautelares que procedieren y el hecho que se haya debido fijar una segunda audiencia, con el propósito antes señalado no hace sino reforzar la arbitrariedad de la resolución recurrida.- La segunda causal de falta o abuso grave que se atribuye al señor Juez de Garantía recurrido es la falta de fundamentación de las resoluciones recurridas. Este deber se establece en el artículo 36 del Código Procesal Penal que obliga al tribunal fundamentar las resoluciones que dictare expresando sucintamente pero con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las resoluciones tomadas.- En efecto, el Juez recurrido declaró ilegal la detención por estimar vulnerado el artículo 131 del Código Procesal Penal por las circunstancias que fueran...; además resolvió que no se hace lugar a la formalización en este acto... Como se ha dicho la audiencia de control de detención tiene por objeto: 1) que el Juez de Garantía verifique el cumplimiento de los deberes impuestos a la Policía -artículos 136 y 97 del Código Procesal Penal- y 2) que el Ministerio Público formalice investigación contra el imputado, salvo que no cuente con los antecedentes suficientes (artículo 132 del Código citado).- En el presente caso la Policía cumplió con los deberes legales y el Ministerio Público contaba con los antecedentes necesarios para formalizar la investigación. Sin embargo el Juez recurrido resolvió de la manera antes indicada omitiendo las razones de hecho y derecho para adoptar ambas decisiones vulnerando abiertamente el deber de fundamentar sus decisiones como Juez de la República. Al señalar por las circunstancias que fueran esta transcripción evidencia la falta de fundamento impidiendo que las partes comprendan la razón de lo decidido, anulando su eficacia e impide formalizar investigación sin expresión de causa.- Indica que las faltas y abusos cometidos en la dictación de las resoluciones tuvieron

consecuencias procesales con agravio directo al Ministerio Público por cuanto la detención fue declarada ilegal, en circunstancias que su cumplimiento se ajustó a la ley; el imputado fue puesto de inmediato en libertad y se impidió al Ministerio Público formalizar investigación en dicha audiencia, dándose a la fuga y hasta la fecha no ha sido habido.- Estas consecuencias determinan que se haya violado las siguientes funciones públicas: Respecto de los Jueces de Garantía: 1) el deber de asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes del proceso penal (artículo 14 letra a) del Código Orgánico de Tribunales) y 2) inexcusabilidad en el ejercicio de la función (artículo 76 inciso segundo de la Constitución Política de la República).- Respecto del Ministerio Público: 1) la obligación constitucional de ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley (artículo 83 Constitución Política y artículo 1º ley 19.640); 2) El deber de promover la persecución penal, con el auxilio de la policía, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso (art. 166 inciso segundo del Código Procesal Penal); 3) obligación de formalizar investigación cuando requiera resolución sobre medidas cautelares (art. 230 inciso segundo Código Procesal Penal).- Respecto de la Policía de Investigaciones: 1) dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior en la forma que lo determine la respectiva Ley Orgánica (artículo 101 inciso segundo de la Constitución Política de la República); 2) dar cumplimiento sin más trámite a las órdenes emanadas de las autoridades judiciales (arts. 5 y 7 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, D.L. N° 2.460).- Finalmente señala que el recurso de queja es procedente por cuanto la falta o abuso se cometió en una resolución de carácter jurisdiccional y se trata de una sentencia interlocutoria que hizo imposible la continuación del procedimiento, por cuanto al haber declarado ilegal la detención, ha hecho que el procedimiento adoptado por las policías adquiera el carácter de irregular, lo cual generará que la prueba nacida de esta detención sea declarada prueba ilícita en la audiencia de preparación del correspondiente juicio oral, ya que proviene de una actuación o diligencia que ha sido declarada nula y al quedar en libertad el imputado unido al hecho que no se presentó a la audiencia de formalización fijada ese mismo día para las 16:00 horas, el juez recurrido ha facilitado la fuga del imputado y

esto podría dar lugar a que sea declarado rebelde de conformidad al artículo 99 a) del Código Procesal Penal, lo que trae aparejado el sobreseimiento temporal de la causa, y finalmente la resolución dictada por el juez recurrido no es susceptible de recurso alguno.- Solicita que el recurso sea acogido y se deje sin efecto la resolución recurrida y se dicte otra en su reemplazo que declare ajustada a derecho la detención del imputado antes mencionado con declaración que el Ministerio Público estuvo facultado para formalizar investigación en la referida audiencia de control de detención.- Informando el Juez recurrido a fojas 22 y siguientes expuso que a petición de la Fiscalía despachó orden de detención en contra de Rubén Boris Riffo Vargas, el que fue puesto a disposición del tribunal en la audiencia del 29 de Septiembre pasado, que fue fijada a las 13:00 horas, la que comenzó a realizarse pasadas las 15:00 horas, y que a petición de la Defensa decretó la nulidad de la detención mediante resolución debidamente fundada. Agrega que no se puede dudar de los dichos de la Fiscal en cuanto a que el detenido hubiera sido puesto a disposición del Tribunal antes de la hora fijada para la audiencia, pero por razones de recargo de las mismas y otras tantas circunstancias que ocurren en una mañana y que inciden en el tiempo de desarrollo de las audiencias y por tanto de su inicio, el hecho de encontrarse el Tribunal sin sus tres titulares, situaciones de público conocimiento y que por obvias que no venían al caso ponerlas como fundamento de la resolución, estimándose suficiente con hacer referencia al principio de incendio que se produjo ese día en el edificio, lo que obligó a interrumpir las labores de la mañana, resultó que el tiempo de la detención se extendió más allá de lo razonable, sin que el detenido fuera llevado a la presencia del juez dentro del plazo fijado en la ley. Esto dio como resultado que la detención que en sus inicios fue legal, devino, sin culpa del Ministerio Público, por cierto, no de la Policía pero por las circunstancias que fueran, según uno de los fundamentos de la resolución, en una situación de clara vulneración de los derechos del detenido.- Señala que la norma aplicable es la del artículo 31 del Código Procesal Penal que dispone que cuando la detención se practica en cumplimiento de una orden judicial los agentes policiales deben conducir al detenido inmediatamente a presencia del juez y si ello no es posible por no ser hora de despacho, admite que lo sea a

primera audiencia judicial, pero siempre por un período que no puede exceder de 24 horas.- Indica que impidió que el Ministerio Público efectuara la formalización sino que fijó audiencia para ello a las 16:00 horas por cuanto el detenido expresó que se encontraba en malas condiciones físicas (no había ingerido alimentos desde la detención) y por ello estimó del caso otorgar al imputado un plazo de mínima prudencia y razonabilidad para que se repusiera físicamente, pretendiéndose con ello prevenir cualquier tipo de incidencia por tal situación dejando a todos debidamente citados y a tal audiencia no compareció el imputado, por lo que se despachó orden de detención en su contra cuyo cumplimiento se encuentra pendiente.- Se trajeron los autos en relación.-

Y TENIENDO EN CONSIDERACIÓN:

PRIMERO: Que se recurre de queja en contra de la resolución dictada en la audiencia del día 29 de septiembre del año 2005 por el Juez de Garantía de Valdivia don Jorge Rivas Álvarez que declaró ilegal la detención de Rubén Boris Riffo Vargas y no hizo lugar a la formalización pedida por el Ministerio Público.-

SEGUNDO: Que de la carpeta judicial y antecedentes del presente recurso constan los siguientes hechos: a) A petición de la Fiscal señora Tatiana Esquivel López el Juez de Garantía don Jorge Rivas Álvarez despachó orden de detención en contra de Rubén Boris Riffo Vargas, con fecha 28 de septiembre de 2005 (fojas 12 y 22 de la carpeta judicial).- b) La Policía de Investigaciones de esta ciudad detuvo al imputado Riffo a las 13.20 horas del día 28 de septiembre de 2005, a quien se le dieron a conocer sus derechos, firmando el acta respectiva su abogado don Alejandro Medina Vásquez (fojas 18 a 20, carpeta judicial); c) El Tribunal fijó la audiencia de control de detención para el día 29 de septiembre a las 13:00 horas.- d) La Policía de Investigaciones condujo al imputado Riffo hasta el Juzgado de Garantía ingresando a las 12:00 horas del día 29 de septiembre, quedando bajo custodia de Gendarmería de Chile (fojas 1).- e) La audiencia de control de detención se inició a las 15:10 horas y se puso término a las 15:35 horas, se decretó la ilegalidad de la detención del imputado y se decretó su libertad; en esa misma audiencia se fijó audiencia de formalización de la investigación para el mismo día a las 16:00 horas (fojas 14, carpeta judicial).- f) En la audiencia

de las 16:16 horas del día 29 de septiembre se solicitó orden de detención del imputado Riffo a lo que se accedió (fojas 16 y 17 carpeta) sin que fuera habido (fojas 24) y a petición del Ministerio Público se fijó la audiencia del día 8 de noviembre de 2005 a fin de debatir el sobreseimiento temporal y la declaración de rebeldía del imputado antes mencionado, a lo que se accedió posteriormente (fs. 29).-

TERCERO: Que relativamente a la detención de una persona del análisis de los artículos 127, 129 y 130 del Código Procesal Penal se pueden distinguir dos situaciones: a) detención por orden judicial y b) detención en caso de flagrancia.- En el primer caso, el artículo 127 señala que el tribunal, a solicitud del ministerio público podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada. De producirse esta detención los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden y si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas (artículo 131 inciso primero del Código Procesal Penal).- Tratándose de una detención en caso de flagrancia, es decir, en los casos del artículo 129 y 130 del código ya citado, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas y en este caso el fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas; si el fiscal nada manifiesta la policía debe presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado (inciso segundo del artículo 131 del Código Procesal Penal).-

CUARTO: Que verificada la detención del imputado Riffo a las 13:20 horas del día 28 de septiembre de 2005 fue llevado al Hospital Base de esta ciudad, Unidad de Emergencia a las 19:02 horas para su examen físico sin que se constataran lesiones.- El Juzgado de Garantía fijó la audiencia de control de detención para el día 29 de septiembre a las 13:00 horas, siendo conducido el imputado Riffo por personal de la Policía de Investigaciones hasta el tribunal

verificándose su ingreso a las 12:00 horas, según certificado suscrito por don Guillermo Rojas Izquierdo, Jefe de Unidad de Administración de Causas. En el recinto del tribunal estaban presentes la Fiscal recurrente, el Defensor y personal policial aprehensor.- Así las cosas se debe concluir que se dio cumplimiento a lo que dispone el inciso primero del artículo 131 del Código Procesal Penal en cuanto a que los agentes policiales que realizaron la detención condujeron al detenido a la presencia del juez que expidió la orden dentro del plazo contemplado en dicha norma.-

QUINTO: Que el Juez recurrido reconoce en su informe que la detención, en sus inicios fue legal y devino, sin culpa del Ministerio Público ni de la Policía en ilegal por las circunstancias que fueran (sin explicar en la resolución recurrida las razones de ello) y tomó en consideración la hora de la audiencia, 15:00 horas y la cotejó con la hora de la detención 13:20 horas, para arribar a la conclusión de que en la especie se incumplió la norma del artículo 131 del Código Procesal Penal.- En su informe alude otros hechos que determinaron la realización de la audiencia no a la hora fijada con antelación sino con posterioridad: recargo de las audiencias; otras tantas circunstancias que ocurren en una mañana y que inciden en el tiempo de desarrollo de las audiencias; ausencia de tres de sus miembros titulares; principio de incendio que se produjo el día de la audiencia en el edificio, circunstancias que a su juicio no venían al caso ponerlas como fundamento en la resolución recurrida.-

SEXTO: Que es deber del tribunal fundamentar las resoluciones que dicte y esta fundamentación lo obliga a expresar sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basa la decisión tomada (artículo 36 del Código Procesal Penal).- La detención se encuentra regulada en el Párrafo 3º del título V del Libro I del Código Procesal Penal el que contiene normas expresas sobre la forma cómo y qué casos procede; por quien debe llevarse a efecto y plazo que debe durar. Estas normas son las que debe analizar el juez en la audiencia denominada de control de detención a fin de establecer si los agentes policiales se ciñeron a ellas en lo referente a la privación de libertad de un ciudadano.- Resolver la ilegalidad de la detención por estimar el Juez que la audiencia fijada para el control de la misma se llevó a efecto pasadas las 24

horas por las circunstancias que fueran (sin especificarlas) aun cuando se reconoce que hubo un principio de incendio que entorpeció las diligencias de la mañana se aparta del mandato legal contemplado en el artículo 36 del Código Procesal Penal, por cuanto no se dan las razones pertinentes en relación con las normas contenidas en el Párrafo 3º ya citado y no hace referencia alguna al hecho de que tanto el imputado como los agentes policiales, el Ministerio Público y el Defensor se encontraban presentes en el tribunal desde las 12 horas, es decir, con antelación al plazo máximo contemplado en el artículo 131 ya citado.- Está en lo cierto la señora Fiscal cuando sostiene que el Juez recurrido confunde los términos conducir a la presencia del juez con inicio de la audiencia y ello es efectivo por cuanto, como ya se indicó precedentemente, el ingreso del imputado Rizzo Vargas al tribunal se verificó a las 12:00 horas del día 29 de septiembre de 2005 quedando bajo la custodia de Gendarmería (fs. 1) en tanto que la audiencia de control de detención fue iniciada a las 15:10 horas pero por decisión del tribunal.- La detención se practicó en cumplimiento de una orden judicial; el imputado fue conducido al tribunal por la Policía de Investigaciones a la hora que el Juez señaló por lo que, como bien lo reconoció éste, la detención era perfectamente legal ya que la Policía cumplió con el deber que le impone el Código Procesal Penal.- Así las cosas al decretar la ilegalidad de la detención como corolario de ello se ha impedido a la Fiscalía el ejercicio de la acción penal pública, imposibilitando la persecución penal al no poder formalizar investigación en contra del imputado.-

SÉPTIMO: Que con motivo de lo que resolvió el Juez recurrido se dejó en libertad al imputado y la audiencia que se decretó para el mismo día a las 16:00 horas para formalizar la investigación ella no produjo ningún efecto por cuanto no asistió el imputado, no ha sido habido en el tiempo y en la actualidad se le ha declarado rebelde.- Es evidente que existió un daño irreparable no sólo al Ministerio Público como interviniente sino también a la Policía como un órgano auxiliar de la función persecutora del Estado y también ante la comunidad por la impunidad de que gozan los imputados frente a situaciones como las descritas en el recurso de queja.-

OCTAVO: Que por las razones antes expuestas se concluye que el Juez recurrido incurrió en una falta o abuso grave, pues alteró el sentido de la nor-

ma del artículo 131 del Código Procesal Penal y no fundamentó en forma adecuada la resolución materia de reproche en este recurso, que es deber de esta Corte enmendar.-

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 541 y 545 del Código Orgánico de Tribunales se ACOGE el recurso de queja deducido en lo principal del escrito de fojas 7 y siguientes por doña Tatiana Esquivel López, Fiscal Adjunto del Ministerio Público de Valdivia, y en consecuencia, se deja sin efecto la resolución de fecha veintinueve de septiembre de 2005 dictada en la audiencia del mismo día en causa RUC N° 0500267155-9, RIT N° 1127-2005 del Juzgado de Garantía de Valdivia, por don Jorge Rivas Álvarez en cuanto declaró ilegal la detención del imputado Rubén Boris Rizzo Vargas y no hizo lugar a la formalización de la acusación hecha por aquella en contra de este último y se declara ajustada a derecho la detención de aquél efectuada por la Brigada Investigadora de Robos de la Policía de Investigaciones de esta ciudad y que el Ministerio Público estuvo facultado para formalizar investigación en la referida audiencia de control de detención en contra del referido imputado.- De conformidad al artículo 545 inciso final del Código Orgánico de Tribunales fotocópiense estos antecedentes y pasen los antecedentes a Pleno para los efectos indicados en la referida norma.-

Regístrese, notifíquese y archívense.-

Devuélvase al Juzgado de Garantía la carpeta judicial tenida a la vista.-

Redacción del Ministro don Darío Ildemaro Carretta Navea.-

Rol N° 213-05.-

- **Estima que ser el imputado recurrente por tercera vez en un delito de la misma especie implica la existencia de un interés prevalente que impide aprobar un acuerdo reparatorio.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

El Juez de Garantía aprobó el acuerdo reparatorio alcanzado entre la víctima y el imputado, decretando el sobreseimiento definitivo de la causa. Contra dicha resolución judicial, el Ministerio Público interpuso un recurso de apelación, el cual fue acogido por la Corte de Apelaciones. Ésta declaró que habiendo el imputado incurrido reiteradamente en hechos como los investigados en la causa apelada, existía un interés prevalente que hacía necesaria la continuación de la persecución penal.

Texto completo:

La Serena, veintitrés de diciembre de dos mil cinco.

Siendo las 11:45 horas, ante la Segunda Sala de esta Corte de Apelaciones, presidida por el Ministro don Raúl Beltrami Lazo e integrada por el Fiscal Judicial don Humberto Mondaca Díaz y abogado integrante don Christian Bravo Bustos, se lleva a efecto la audiencia fijada para la vista del recurso de apelación interpuesto por el fiscal don Enrique Labarca en contra de la resolución dictada en audiencia de dos de diciembre último, dictada por el Juez de Garantía de La Serena, don Sergio Troncoso que aprobó el acuerdo reparatorio entre el imputado Juan Roberto Araya Reyes con la víctima Daniela Alejandra Prado Cortés. Presente en la audiencia el fiscal don Carlos Vidal. Concedida la palabra al señor Fiscal, reproduce las argumentaciones y peticiones del recurso contenido en estos antecedentes. Su exposición queda registrada mediante el sistema de audio.

Terminada la exposición, la Sala se retiró a deliberar para dar a conocer, a continuación, la siguiente resolución:

VISTOS:

Atendido lo expuesto por el Fiscal en la audiencia, antecedentes de la carpeta adjunta, especialmente de la investigación del Ministerio Público, de la que aparece que el imputado fue condenado por sentencia de cinco de julio último como autor de dos delitos de robo por sorpresa de la misma natu-

raleza de los investigados en estos autos, de manera que estima esta Corte que existe un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, toda vez que el imputado ha incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigan en esta causa, atento lo previsto en el artículo 241 del Código Procesal y visto además lo dispuesto en los artículos 370, 352 y 360 del citado cuerpo legal, SE REVOCA la resolución apelada dictada en audiencia de dos de diciembre último, escrita a fojas 26 y, en su lugar, se declara que NO SE HACE LUGAR a la solicitud de la defensa de aprobar el acuerdo reparatorio logrado entre el imputado Juan Roberto Araya Reyes y doña Daniela Alejandra Prado Cortés de manera que SE DEJA SIN EFECTO el sobreseimiento definitivo y parcial en la causa en cuanto dice relación con delito de robo por sorpresa sufrido por la citada víctima.

Devuélvase.

Con lo actuado, se levanta la presente acta, la que es firmada por el Tribunal, intervinientes y relatora Sra. López, quien actúa como ministro de fe.

Dése copia a la parte que lo solicite, verbalmente.

ROL N°348-2005 (JG)

- **Acoge el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, condenando al acusado como autor del delito de robo por sorpresa.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago.

Resumen:

Conociendo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia absolutoria, la Corte estimó probada la ocurrencia del delito de robo por sorpresa, así como la participación en éste del imputado. En cuanto a los reparos que le mereció a la Defensa la diligencia de reconocimiento en rueda de presos, en razón de la vacilación de la afectada para identificar con plena certeza al imputado como autor del robo, la Corte consideró que dicha identificación resultó ser un elemento idóneo de prueba tendiente a identificar al autor del delito, porque resultaba del todo explicable la indecisión de la ofendida habida consideración del tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la práctica de la diligencia cuestionada, a lo que cabía agregar el hecho de haber visto la ofendida al imputado en una sola oportunidad con anterioridad al reconocimiento aludido. En cuanto a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, la Corte estimó concurrente la de la reincidencia en delitos de la misma especie, atendidos los antecedentes del acusado y los certificados de encontrarse cumplidas las penas, desechando, en cambio, la atenuante de colaboración sustancial por la falta de antecedentes que justificaran su concurrencia.

Texto completo:

Santiago, veintisiete diciembre del año dos mil cinco.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia apelada exceptuando los considerandos sexto y octavo que se eliminan al igual que la letra h) del considerando quinto. Se sustituye la cita legal del artículo 30 del Código Penal por la del artículo 29 del mismo cuerpo legal.

Y teniendo en su lugar y, además, presente:

PRIMERO: Que los elementos probatorios reseñados en el considerando quinto del fallo recurrido, exceptuado lo consignado en las letras g) y h) de dicho número, a los que cabe agregar el parte policial N° 323 de la Tenencia de Carabineros Santos Ossa, del 15 de agosto de 2005, que contiene la declaración jurada de preexistencia y dominio de las especies pertenecientes a la ofendida y el acta de reconocimiento de las mismas, permiten dar por plenamente establecido en el juicio que el 15 de agosto del año 2005, alrededor de las 08:15 hrs., cuando Bernardita del Carmen Avilés Avilés caminaba por avenida Recoleta, al llegar a la plaza San Alberto, fue atacada por un sujeto que tras un breve forcejeo

la despojó del bolso que portaba y luego se dio a la fuga, toda vez que dichos elementos de prueba son plenamente coincidentes entre sí y no aparecen desvirtuados por antecedente alguno de manera que son idóneos para establecer el hecho punible denunciado por la ofendida.

SEGUNDO: Que en consecuencia, se ha acreditado suficientemente en autos que el 15 de agosto de 2005, aproximadamente a las 08:15 hrs., un sujeto despojó de su bolso con especies personales a Bernardita del Carmen Avilés Avilés cuando ésta transitaba en la vía pública, lo que consiguió actuando por sorpresa contra la víctima que portaba tal especie colgada de uno de sus hombros.

TERCERO: Que el hecho precedentemente descrito tipifica el delito de robo por sorpresa consumado previsto y sancionado en el artículo 432 en relación con el artículo 436 inciso 2°, ambos del Código Penal, con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

CUARTO: Que para establecer la participación del acusado en calidad de autor del referido delito obran en autos los siguientes elementos probatorios: a) la aceptación de los hechos imputados

por parte del acusado Jairo Antonio Alarcón Prado, que los ha reconocido en forma libre, voluntaria y con conocimiento de sus derechos; b) la imputación que contra el mismo hacen los Carabineros Espinoza y Rivero que procedieron a su detención fundados en la descripción física y de las vestimentas que previamente les había hecho la ofendida y en la inculpación directa de la víctima que al momento de la detención ocurrida a escasos minutos de la misma, lo identificó como autor de del delito de que fue objeto; c) el hecho de haberse encontrado los objetos sustraídos junto al acusado autoriza pensar que éste fue quien los llevó hasta allí, pues, de otra forma resulta inexplicable que hayan aparecido en ese lugar, y d) la identificación hecha por la víctima en la diligencia de reconocimiento en rueda de presos en la que en definitiva incrimina a Alarcón Prado la autoría en el delito. Cabe tener presente que si bien ha merecido reparos por la defensa del acusado la diligencia de reconocimiento en rueda de presos en razón de la vacilación de la afectada para identificar con plena certeza al imputado como autor del robo, el Tribunal considera dicha identificación como un elemento idóneo de prueba tendiente a identificar al autor del delito, pues, es explicable la indecisión de la ofendida atendido el tiempo transcurrido entre la perpetración del latrocinio y la práctica de la diligencia cuestionada, 54 días según fluye de los antecedentes remitidos, circunstancia a la que cabe agregar el hecho de haber visto la ofendida al imputado en una sola oportunidad con anterioridad al reconocimiento aludido.

QUINTO: Que no obstante el desconocimiento del mencionado Alarcón Prado de su autoría en el robo, dada la incuestionable congruencia de los elementos probatorios reseñados precedentemente, ponderados en la forma que ordena el artículo 297 del Código Procesal Penal, son suficientes para disipar cualquier duda razonable sobre la intervención del acusado en el delito y permiten establecer la participación de autor que al imputado le corresponde en el robo por sorpresa pesquisado.

SEXTO: Que al determinar la pena del enjuiciado, debe tenerse presente que lo perjudica la circunstancia agravante de ser reincidente en delito de la misma especie, ya que del extracto de filiación y antecedentes y del oficio de Gendarmería de Chile se infiere que antes de perpetrar el robo objeto de autos, había sido condenado como autor de robo con

violencia y robo en lugar no habitado y que cumplió ambas condenas impuestas por el décimo tercer Juzgado del Crimen de Santiago en causa Rol N° 139.492.

SÉPTIMO: Que la defensa de Jairo Alarcón Prado alegó en su favor la circunstancia atenuante prevista en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, esto es, haber colaborado sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos, la que la Corte desestima por no haber antecedente alguno que justifique su existencia, máxime si ante el Fiscal el acusado imputó a otra persona la autoría del delito conforme se señala la letra b) del considerando séptimo de la sentencia apelada.

OCTAVO: Que encontrándose establecido la existencia del delito consumado de robo por sorpresa y la participación de autor que en el mismo le ha correspondido al imputado, resulta improcedente acoger la petición de absolución que formula su defensa.

NOVENO: Que al determinar la pena que le corresponde a Jairo Antonio Alarcón Prado, por perjudcarlo una agravante de responsabilidad penal y no concurrir en su favor atenuante alguna la sanción no se puede imponer en el grado mínimo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 29, 50, 68, 432 y 436 inciso segundo del Código Penal; 52, 297, 348, 405, 412, 413, 414, 415, del Código Procesal Penal, SE REVOCA la sentencia apelada de veintiocho de noviembre del año en curso y se resuelve que se condena a JAIRO ANTONIO ALARCÓN PRADO como autor del delito de robo por sorpresa de especies pertenecientes a Bernardita del Carmen Avilés Avilés, cometido el 15 de agosto de 2005, a la pena de TRES AÑOS Y UN DÍA de presidio menor en su grado máximo a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante la condena, y al pago de las costas de la causa. La pena corporal impuesta al sentenciado se le contará desde que se presente o sea habido sirviéndole de abono el tiempo que estuvo privado de libertad durante el juicio entre el 15 de agosto de 2005 y el 25 de noviembre del mismo año.

No reuniéndose respecto del enjuiciado los requisitos legales para otorgarle alguno de los beneficios conferidos por la Ley 18.216, no se le concede

beneficio alguno de los previstos en dicha ley debiendo cumplir efectivamente la sanción impuesta.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Rol 759-2005

Redacción del Ministro don Patricio Villarroel
Valdivia.

- **Rechaza, en voto dividido, el recurso de queja presentado por el Ministerio Público en contra de un Juez de Garantía por su forma abusiva de actuar.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de queja en contra de un Juez de Garantía por diversas actuaciones abusivas en la conducción de las audiencias y resoluciones emitidas. Se fundó para ello en situaciones ocurridas en cuatro días distintos: fijar una audiencia para el mismo día en que la Corte de Apelaciones se pronunció, impidiendo la llegada del Fiscal a cargo, así como su adecuada preparación; trato indebido a la abogada defensora, además del impedimento infundado del ejercicio de la acción penal en otra audiencia; atraso en el inicio de una audiencia, ordenando el ingreso inmediato de todos los intervinientes de las audiencias del día, impidiendo la llegada de todos los fiscales, además de impedir formalizar en una de ellas excusado en la ausencia del imputado, pese a informársele que éste se encontraba en el edificio, e impedir la realización de un juicio abreviado por la forma intimidatoria de dirigirle las preguntas al imputado. El Juez recurrido, evacuando el informe solicitado, negó el carácter de abusivas de sus actuaciones, así como la veracidad de parte de las afirmaciones de la Fiscalía. La Corte, en votaciones divididas, rechazó el recurso señalando que no se observaron faltas o irregularidades de tal gravedad que ameritaran la aplicación de una medida disciplinaria. El voto de minoría estimó, respecto del primer abuso denunciado, que el magistrado sí afectó el ejercicio global de los derechos de los intervinientes. Respecto del tercer capítulo lo mismo, por considerar que afectó el ejercicio cabal de los derechos de los intervinientes al impedir una formalización en conocimiento de estar el imputado físicamente en el edificio del Tribunal, además de haber llegado a un acuerdo reparatorio con la víctima. Y finalmente, asimismo, por el último de los capítulos por haber actuado de manera abusiva y carente de criterio al dirigir una audiencia de preparación de juicio oral sustituyendo de hecho la voluntad del imputado. En todos estos casos, algunos de los Ministros estuvieron por formular un llamado de atención y otros sólo por recomendarle un desempeño más cuidadoso en el futuro, por tratarse de un procedimiento nuevo.

Texto completo:

Santiago, dos de enero de dos mil seis.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que se ha deducido queja disciplinaria por la señora Sonia Rojas Valdevenito, Fiscal Regional, Fiscalía Metropolitana Zona Centro Norte del Ministerio Público, en contra del juez del Sexto Juzgado de Garantía don José María Toledo, por haber incurrido en faltas y abusos graves en la conducción de las audiencias y resoluciones que se indican, solicitando que se disponga lo que se estime conveniente para poner pronto remedio a los males que motivan esta queja.

SEGUNDO: Que las faltas y abusos que se

denuncian por esta vía se resumen en lo que sigue:

a) En la audiencia del día 26 de octubre del año pasado por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, el magistrado habría incurrido en abuso al decretar con una premura desmedida una audiencia para el mismo día en la Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció sobre un asunto sometido a su conocimiento, lo que impidió al fiscal no sólo preparar la audiencia sino que llegar a ella, y porque la resolución que citaba a audiencia fue notificada al Ministerio Público un minuto después de la hora fijada y a la casilla de correo de un fiscal que no estaba asignado en la investigación. b) En la audiencia del día 2 de octubre del año recién pasado por el delito de porte ilegal de armas de fuego, el señor magistrado no dio crédito a los antecedentes que le estaban

siendo proporcionados por el Fiscal, impidiendo con ello –en forma infundada– el ejercicio de la acción penal pública. En la misma audiencia llamó la atención a la abogada defensora en una forma no acorde a su condición, y lo que es más grave, ordenó eliminar del registro de audio parte de sus dichos. c) En las audiencias programadas para el día 9 de septiembre del año pasado se produjeron una serie de abusos. En primer lugar la audiencia comenzó quince minutos después de la hora fijada por atraso del magistrado, él que había ordenado el ingreso de los intervinientes de todas las audiencias programadas para ese día y una vez comenzadas, éstas fueron llamadas en forma tan rápida que no permitió a todos los fiscales comparecer. En segundo lugar, en una causa por cuasidelito de lesiones en que las partes habían llegado a un acuerdo reparatorio, el magistrado impidió al Ministerio Público formalizar la investigación en contra del imputado, argumentando que no estaba presente, en circunstancia que el fiscal le manifestó que éste se encontraba en el edificio, sin que permitiera ir a buscarlo. En tercer lugar, en la audiencia que correspondía la participación del fiscal Juan Zepeda, y producto que el magistrado había ordenado al comienzo de la audiencia el ingreso de todos los intervinientes, éste no pudo ser advertido de su inicio, ya que todo parece indicar que el magistrado no permitió que el oficial de sala anunciara las audiencias; y d) En la audiencia del día 2 de noviembre pasado se había programado una de preparación de juicio oral, en la cual el Ministerio Público modificó la acusación y solicitó que se diera curso al procedimiento abreviado. Al momento de resolver sobre la admisibilidad de este tipo de procedimiento el magistrado incurre en un nuevo abuso, ya que formula al acusado preguntas de tal forma intimidatorias que impiden la realización de éste, ya que luego del interrogatorio rechaza el procedimiento abreviado fundándose en la falta de certeza de la voluntad informada del acusado, requisito imprescindible para que la aceptación de la responsabilidad sea válida. También rechazó el procedimiento abreviado porque estimó que no se encontraba acreditada la atenuante invocada, incurriendo en una nueva falta, ya que el análisis de la concurrencia de las atenuantes es sólo materia de fondo.

TERCERO: Que al evacuar el informe solicitado, a fojas 23 el magistrado reclamado ha señalado en forma resumida lo que sigue: a) Que respecto

de la fijación de la audiencia en forma desmedidamente presurosa, para ello tuvo en consideración que se estaba afectando la libertad individual de una persona, y sobre todo que la I. Corte de Apelaciones había ordenado “poner de inmediato término al régimen que de hecho rodea actualmente al imputado...” Que en lo que dice relación con la falta de preparación de la audiencia, tanto la defensa como el Ministerio Público estaban al tanto de la situación procesal del imputado ya que ambos habían participado ese mismo día en la audiencia en la Corte, y por lo tanto estaban en pleno conocimiento de lo ordenado por el Tribunal de Alzada. Que en lo que dice relación con la imposibilidad de participación en la audiencia, para su fijación se tomó en cuenta la cercanía de los domicilios de los intervinientes y la pluralidad de éstos. Por último, no es efectivo que el Ministerio Público no pudiera asistir, ya que consta en la certificación que se acompaña que se recibió un llamado que indicaba la asistencia de determinado fiscal a la audiencia él que no llegó. En definitiva queda claro que no se quiso asistir a la audiencia sino que se prefirió comparecer ante otro tribunal y solicitar la nulidad de la misma, lo que en definitiva se logró. b) Que respecto de la forma poco atenta en que habría dirigido al fiscal, como del hecho de haber llamado la atención en forma reiterada y con un trato no acorde a su condición a la abogada defensora, ello no es efectivo como consta en el registro de audio. Que respecto de haber ordenado la eliminación de parte de éste, rechaza esta imputación por infundada, además que para ello es necesario un requerimiento formal a la Corporación Administrativa del Poder Judicial. c) Que respecto del inicio tardío de la audiencia, en general ello se produce por el atraso de los intervinientes, pero se compromete a adoptar las medidas para que ello no ocurra en el futuro. Que respecto de la imputación de haber llamado las audiencias en tal forma que no permitió la asistencia de todos los fiscales, ellas están fijadas de antemano, por lo que corresponde a los intervinientes estar en el tribunal a la hora que corresponda. Que en lo que se refiere a haber impedido al Ministerio Público la formalización de la investigación, ello se debió a la no presencia del imputado, constando que el defensor se opuso a ello. Que la afirmación de que “todo parece indicar que el magistrado no permitió al oficial de sala que advirtiera de las audiencias, no pasa de ser una afirmación sin

fundamento. Y por último rechaza por no ser efectivo que haya impedido que otro fiscal compareciera en representación del Ministerio Público; y d) Que respecto a la formulación en forma intimidatoria de las preguntas dirigidas al inculcado para conocer su voluntad, se trata de apreciaciones subjetivas. Que en lo que dice relación con el abuso cometido por haber analizado, para la procedencia del procedimiento abreviado, la concurrencia de la circunstancia atenuante alegada por el Ministerio Público ello no es efectivo, ya que al juez le corresponde no sólo verificar la pena posible, sino que también el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 409 y 41º del Código Procesal Penal, que es a lo que se avocó en la audiencia cuestionada.

CUARTO: Que para efectos de resolver la presente queja disciplinaria se analizará por separado cada uno de los capítulos: A) Que en lo que dice relación con la audiencia del 26 de octubre, esta Corte no observa faltas o irregularidades en el procedimiento de tal gravedad que ameriten la aplicación de una medida disciplinaria, teniendo para ello especialmente en consideración que la audiencia fijada por el magistrado el mismo día de la resolución dictada por la Corte, tenía por objeto dar cumplimiento a lo dispuesto por ésta, hacer cesar “de inmediato” una situación de hecho que estaba afectando el derecho a la libertad individual de una persona y que del mérito de los antecedentes aparece que el Ministerio Público estuvo suficientemente informado de la realización de la audiencia en la hora indicada, de modo que no aparece que se le haya impedido el ejercicio de sus funciones que le son propias, tanto es así que el mismo día compareció ante otro tribunal solicitando la nulidad de la audiencia cuestionada, de modo que por esta vía tampoco se aprecia un perjuicio. B) Que en lo que respecta a la audiencia del día 2 de octubre no se observa faltas o abusos en el ejercicio de la magistratura, sino que el desempeño de la labor que corresponde a un juez de garantía, es, verificar que se den los requisitos para el desarrollo de uno u otro procedimiento. En el caso de autos, el juez sólo hizo ver lo que a su juicio correspondía, no observándose un trato poco atento tanto dice relación con la eliminación de parte del registro de audio, ello ha sido desconocido por el magistrado cuestionado, sin que existan antecedentes aportados por el quejoso que fundamente su afirmación. C) Que respecto de las faltas o abusos en

que se habría incurrido en las audiencias del día 9 de septiembre, hay una serie de afirmaciones por parte de la Fiscalía que no han sido acreditadas, y que del mérito de los antecedentes permiten afirmar que no se observa en ellas alguna irregularidad en el procedimiento, sino que a lo más un exceso de celo en el desempeño de sus funciones. D) Que en lo que dice relación con la audiencia ocurrida el día 2 de noviembre, no aparece de los antecedentes tenidos a la vista que el comportamiento del magistrado haya significado un intimidatorio para con el inculcado que haya condicionado la expresión de su voluntad. El juez de garantía tiene la obligación de verificar de manera exhaustiva el conocimiento que de los hechos tenga el imputado que le permita a éste renunciar con conocimiento de causa a la realización de un juicio oral. Si bien puede aparecer que la forma de conducir el interrogatorio no haya sido de la más comedida, ello en parte por el particular estilo de cada juez, no se vislumbra un afán intimidatorio sino que la constatación de la concurrencia de los requisitos que habilitan a un imputado a renunciar a un juicio oral.

Por lo antes relacionado, y teniendo en consideración lo dispuesto en los artículos 530 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, se rechaza la queja disciplinaria intentada en lo principal de fojas 5.

Acordada en lo que dice relación con la letra A del considerando tercero de esta resolución, con el voto en contra de los ministros señores Pfeiffer, Díaz, Muñoz Pardo, Solís y señora Lusic, quienes estuvieron por acoger en esta parte la queja disciplinaria intentada por considerar que el magistrado afectó con su conducta tanto el ejercicio cabal de los derechos del Ministerio Público como los de la defensa, actuando de forma abusiva y carente de criterio al fijar una audiencia para una oportunidad que impidió la asistencia del fiscal a cargo.

Se previene que respecto de lo mismo los ministros señor González, señora Aranda y señor Mera estuvieron por formular al magistrado un llamado de atención por su conducta, y los ministros señores Villaroel Ramírez y Provoste –suplente de la ministro señora Pérez– teniendo en consideración que los hechos tuvieron lugar en un procedimiento nuevo estuvieron por recomendarle un desempeño más cuidadoso en el futuro.

Acordada en lo que dice relación con la letra C) del considerando tercero, con el voto en contra

de los ministros señores Pfeiffer, Díaz, Muñoz Pardo, Solís, Gajardo, señoras Maggi, Lusic y Valdovinos, y señor Mera quienes estuvieron por acoger de esta parte la queja disciplinaria intentada por considerar que afectó con su conducta tanto el ejercicio cabal de los derechos del Ministerio Público como los de la defensa, actuando de forma abusiva y carente de criterio al impedir de hecho la formalización de una investigación, en circunstancias que se la había representado que el imputado se encontraba en el tribunal y que se había llegado a un acuerdo reparatorio con la víctima.

Se previene que respecto de lo resuelto los ministros señor González y señora Araneda estuvieron por formular un llamado de atención, y los ministros señor Villarroel Ramírez y Provoste –suplente de la ministra señora Pérez– teniendo en consideración que los hechos tuvieron lugar en un procedimiento nuevo, estuvieron por recomendarle un desempeño más cuidadoso en el futuro.

Acordada en lo que dice relación con la letra D) del considerando tercero, con el voto en contra de los ministros señores Pfeiffer, Díaz, Muñoz Pardo, Solís, Gajardo, señoras Maggi, Lusic y Valdovinos, y señora Mera quien estuvieron por acoger en esta parte la queja disciplinaria intentada por considerar que afectó con su conducta tanto el ejercicio cabal de los derechos del Ministerio Público como los de la defensa, actuando de forma abusiva y carente de criterio al dirigir una audiencia de preparación de un juicio oral en forma inadecuada, sustituyendo en el hecho la propia la voluntad del imputado de optar por procedimiento abreviado.

Se previene que respecto de lo resuelto los ministros señor González, señora Araneda, señores Cisternas, Silva y señora Carrasco –suplente de la ministra Chevesich estuvieron por formular un llamado de atención, y los ministros señores Villarroel Ramírez y Provoste –suplente de la ministra señora Pérez– teniendo en consideración que los hechos tuvieron lugar en un procedimiento nuevo, estuvieron por recomendarle un desempeño más cuidadoso en el futuro, sobre todo teniendo en cuenta el público al que va dirigido su accionar.

Notifíquese y archívese.

Nº 3077-2005.

CORTE SUPREMA

- **Rechaza el amparo deducido por la Defensa por encontrarse la detención del condenado ajustada a derecho, de acuerdo a lo establecido en los artículos 467 y siguientes en relación con el artículo 154 letra c) del Código Procesal Penal.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

En sentencia condenatoria ejecutoriada el acusado fue condenado al pago de una multa. Debido al incumplimiento en su pago, el Juez de Garantía hizo efectiva la pena de sustitución, siendo detenido por Investigaciones. Presentado por su Defensa un recurso de amparo, la Corte Suprema lo rechazó señalando que su detención se debió al cumplimiento de una sentencia ejecutoriada, habiéndose respetado lo dispuesto en el artículo 467 en relación con el artículo 154 letra c) del Código Procesal Penal, siendo, por ende, inaplicable lo dispuesto por el artículo 131 del mismo cuerpo legal. Agregó, además, que de todas las resoluciones pertinentes fueron notificados tanto el condenado como su Defensor, sin que hicieran uso de los medios procesales que contempla la ley.

Texto completo:

Santiago, cinco de octubre de dos mil cinco.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que del mérito de los antecedentes a la vista aparece que:

a) Por sentencia de quince de abril del año en curso, el amparado fue condenado en juicio simplificado, como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego, al pago de una multa de dos unidades tributarias mensuales, pagaderos en tres cuotas mensuales, debiendo cancelar la primera dentro de los cinco últimos días del mes de abril de dos mil cinco, señalándose expresamente que el no pago de alguna de ellas daría lugar a la sustitución de la multa conforme al artículo 49 del Código Penal. Consta del certificado respectivo que el fallo quedó ejecutoriado y que se cumplió con la comunicación a que se refiere el artículo 468 del Código Procesal Penal.

b) Con fecha siete de julio del presente año, luego de la certificación que da cuenta del incumplimiento en el pago de la multa impuesta, el Juez de Garantía hizo efectiva la pena sustitutiva de reclusión, convirtiendo la mencionada pena pecuniaria en

días de reclusión, despachando orden de aprehensión contra el imputado, la que fue cumplida por la policía de investigaciones el primero de agosto de dos mil cinco, poniendo al amparado a disposición del Centro de Cumplimiento Penitenciario, según aparece del parte 4547-10001.

SEGUNDO: Que, en tales condiciones la detención del amparado, así como su posterior conducción al Centro de Cumplimiento Penitenciario, lo ha sido para el cumplimiento de una pena ejecutoriada, resultando ajustada a las normas especiales de los artículos 467 y siguientes del Código Procesal Penal, que regulan la ejecución de las sentencias penales, en relación con lo dispuesto en el artículo 154 letra c) del mismo texto legal, sin que resulte aplicable en la especie lo dispuesto en el artículo 131 del Código Procesal Penal, norma ubicada en el Título de las medidas cautelares personales.

TERCERO: Que, por otra parte, conviene resaltar que el amparado y su defensor fueron debidamente notificados de la condena y los efectos de su incumplimiento, y posteriormente su defensor lo fue de la reconversión de la multa a reclusión, sin que hicieran uso de los medios procesales que la ley les concede.

CUARTO: Que no obsta a la conclusión anterior la equívoca situación producida a raíz de la comunicación de la detención del amparado y la posterior resolución del Juez de Garantía de primero de agosto del año en curso por la que se pretendió otorgar al amparado una nueva instancia de pago, no contemplada en la ley.

QUINTO: Que todo lo anterior conduce al rechazo del recurso de amparo deducido en autos.

Y vistos, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca** la resolución de cuatro de agosto del año en curso, escrita a fojas 16 y siguientes y en su lugar se declara que **se rechaza** el recurso de amparo deducido a fojas 2 por don Fernando Mardones Vargas, a favor de Segundo Francisco Levin Levin.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 4920-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Adalis Oyarzún M., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Sres. Manuel Daniel A. y Fernando Castro A. No firman el Ministro Sr. Oyarzún y el abogado integrante Sr. Daniel, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos ausentes.

- **Declara que el Ministerio Público, como parte litigante en el proceso penal, también está amparado por la garantía del debido proceso.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal. La Fiscalía estimó conculcado su derecho de interviniente en el proceso penal en orden a poder hacer uso de todas las posibilidades de actuación que otorga el debido proceso a las partes. Ello, porque el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal estimó que la omisión del nombre del acusado en el párrafo de los hechos del acta del auto de apertura del juicio oral constituía una grave infracción a las garantías constitucionales del acusado, dictando sentencia absolutoria al considerar inexistente una acusación penal que había sido presentada de acuerdo a la ley por el ente persecutor penal, vulnerando así el principio de la congruencia procesal. La Defensa alegó la falta de legitimación activa del Ministerio Público para entablar el recurso fundándose en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, argumento que fue rechazado por la Corte al señalar que nuestro actual sistema consagra un régimen "adversarial", en donde se entiende que es parte todo aquel que litigue frente a otro con posiciones procesales propias y opuestas a otros intervinientes, generándose un marco igualitario de deberes y derechos para todos los litigantes del proceso criminal. Existiendo la garantía de respeto a dicho proceso, referido a la legalidad de los actos del procedimiento, implica que ésta rige no sólo aquello que pueda afectar particularmente al imputado, sino a cualquiera que intervenga en éste. En cuanto al recurso de nulidad mismo, la Corte Suprema lo acogió señalando que el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal infringió el artículo 19 N°3 de la Constitución Política al absolver por un delito que estaba fuera de su competencia. Esto, porque el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, a pesar de dejar constancia de su incompetencia, en la parte resolutive del fallo se pronunció absolviendo, resolución que estaba impedido de formular desde el momento que, al no figurar como acusado por un hecho, no es posible condenar ni absolver sin violentar los artículos 341 y 343, incisos primeros, del Código Procesal Penal y 7° de la Constitución Política.

Texto completo:

Santiago, quince de noviembre de dos mil cinco.

VISTOS:

En estos autos rol único 0500029465-0 e interno del Tribunal 77-2005 del Tribunal del Juicio Oral de Valparaíso, Tercera Sala, se registró la sentencia definitiva dictada por ese Tribunal el doce de julio de dos mil cinco por la cual, en lo atinente al recurso de nulidad, "absuelve al acusado Sebastián Edmundo Inostroza Barrera, en calidad de autor de delito de robo con intimidación, perpetrado el día 23 de enero de 2005, en esta ciudad, aproximadamente a las 06:00 horas, en detrimento de Cristián Pinto Vega" y condena al acusado Inostroza Barrera a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado

mínimo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito consumado de robo con intimidación, en perjuicio de José Luis Espinoza Díaz, de especies muebles de su propiedad, perpetrado el día 23 de enero de 2005, aproximadamente a las 06:00 horas, en Avenida Argentina de esta ciudad."

Contra este fallo, solamente en cuanto absuelve a Inostroza Barrera del robo con intimidación en perjuicio de Cristián Pinto Vega, don Jorge Abbott Charme, Fiscal Regional del Ministerio Público de la Quinta Región de Valparaíso, dedujo recurso de nulidad solicitando que «se acoja en todas sus partes, anulando la sentencia el juicio oral en que se dictó,

disponiendo que el Tribunal Oral en lo Penal no inhabilitado, conozca de nuevo juicio oral, en la forma que sea procedente, conforme lo ordena el Art. 386 del Código Procesal Penal». Funda el recurso en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal y da por infringido los artículos 5, 19 N°3 y 73 de la Constitución Política de la República y 40, 41, 159, 165, 277 inciso 1° letra b) y 341 del Código Procesal Penal.

Este tribunal estimando admisible el recurso, ordenó pasar los antecedentes al Señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad solicitada según se lee a fs. 109.

La audiencia pública se verificó el 26 de octubre pasado y se oyeron alegatos de la abogada doña Sandra Obando por el Ministerio Público y por el recurso y el abogado don Cristián Arias por la Defensoría Penal, contra el recurso de nulidad.

Se recibió la prueba documental y se escuchó el audio proveniente de un disco compacto ofrecida por el Ministerio Público, sin objeción por parte de la Defensoría Penal Pública.

Luego de la vista del recursos se citó para la lectura del fallo para el día de hoy a las 12.30 horas según acta que rola a fs.133.

TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que la causal de nulidad aducida por el recurrente es la contenida 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 hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, «toda vez que, que en la tramitación del juicio y en el pronunciamiento de la sentencia, se ha conculcado sustancialmente la garantía consagrada en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Sostiene la parte recurrente que «En la especie, se ha transgredido sustancialmente el derecho que tiene el Ministerio Público a que, al igual que los otros intervinientes, le sean respetadas las posibilidades de actuación que las reglas del debido proceso le reconocen, toda vez que la Tercera Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso en una resolución

ininteligible y contradictoria, considera que la omisión del nombre del acusado en el párrafo de los hechos en el acta que da cuenta del auto de apertura del juicio oral es constitutivo de una grave infracción a las Garantías Constitucionales del acusado, por lo que considera inexistente una acusación penal que había sido presentada de acuerdo a la ley por el ente persecutor penal, teniendo por no acusado, dictando sentencia absolutoria, por cuanto -a su juicio- una sentencia condenatoria en estas condiciones vulneraría el principio de la congruencia procesal.»

SEGUNDO: En el recurso se hace una narración de los hechos según la cual, y en lo atinente al recurso, el día 23 de enero de 2005 a las 06:00 horas en las inmediaciones del terminal de buses de Valparaíso el acusado Sebastián Edmundo Inostroza Barrera en compañía de otros sujetos sustrajeron a Cristián Pinto Vega diversas especies de su dominio, intimidándolo con armas presumiblemente de fuego y los mismos imputados utilizando similar modus operandi, cometieron un segundo delito de robo con intimidación en contra de José Espinoza.

De conformidad con lo establecido en el artículo 229 del Código Procesal Penal, los tres imputados fueron formalizados el día 23 de enero de 2005, por los dos delitos que habían cometido, en el mismo orden mencionado, esto es, como autores de dos delitos de robo con intimidación bajo la siguiente nomenclatura:

Hecho 1: cometido en contra de Cristián Pinto Vega.

Hecho 2: cometido en contra de José Espinoza Díaz.

Vencido el plazo de investigación, y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 248 del Código Procesal Penal, se procedió al cierre de ésta y a presentar acusación en contra de los tres imputados, en los mismos términos expresados, esto es, por la participación en calidad de autores les correspondían en los dos delitos de robo con intimidación señalados como:

Hecho 1: cometido en contra de Cristián Pinto Vega.

Hecho 2: cometido en contra de José Espinoza Díaz.

TERCERO: Se sostiene por el recurrente que el día 20 de mayo de 2005, se celebró la audiencia

de preparación del juicio oral, quedando fehacientemente establecido en el auto de apertura dictado por la Juez de Garantía, que Sebastián Edmundo Inostroza Barrera, debía ser enjuiciado por la responsabilidad que le atribuía el Ministerio Público en los dos delitos de robo con intimidación en que tuvo participación, haciendo referencia indubitada al hecho N°1, en la pista 16 minuto 0:35 del registro de audio que acompaña en parte de prueba y que al comienzo de la audiencia del juicio oral se observó que el acta escrita que da cuenta del auto de apertura contenía dos errores de transcripción: el primero de ellos consistía en que se omitió en la narración del hecho 1° el nombre del acusado y el otro en cuanto a la pena solicitada de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, que venía expresada sólo en 10 años.

CUARTO: Afirma el recurrente que en la audiencia del juicio oral hizo presente estos defectos y que ellos se debían únicamente a un error de copia por cuanto el auto de apertura del juicio oral había sido dictado oralmente en audiencia y en ella se había hecho una clara mención del nombre del acusado, generando un incidente de parte de la defensa que fue acogido por el Tribunal Oral y resolver que no había una acusación conforme a derecho respecto del Sr. Sebastián Inostroza Barrera en cuanto al delito N°1, por lo que éste quedaba fuera de las posibilidades de juzgamiento del Tribunal Oral.

QUINTO: Hace presente el recurrente que tanto en el juicio impugnado como en la sentencia no se han respetado normas procesales fundamentales, por cuanto ante la existencia de un evidente error de copia o transcripción del acta que da cuenta del auto de apertura del proceso oral, el Tribunal tiene por no acusado al imputado respecto de uno de los dos delitos de robo con intimidación, infringiendo la norma constitucional en la forma que se indica en el fundamento primero de esta sentencia como, asimismo el principio de igualdad según el cual todo interviniente pueda exponer al órgano juzgador los hechos que han sometido a su conocimiento.

SEXTO: Que antes de analizar la nulidad presentada, esta Corte estima necesario pronunciarse sobre la alegación expuesta por la defensa del imputado durante el curso de la vista del recurso, en orden a la carencia de la legitimación activa del Ministerio Público para entablar el recurso fundándose en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

SÉPTIMO: Que sobre esta materia esta Corte ha dicho que:

1°) Que el Ministerio Público es un organismo autónomo de la mayor relevancia dentro de la etapa de investigación del proceso penal, pues detenta en forma exclusiva y excluyente la averiguación de la existencia real de un presupuesto de reacción penal. Pero al transitar a la etapa intermedia y posteriormente en el juicio oral, este órgano, privilegiado, deviene en una parte más en el proceso penal, cumpliendo una función distinta a la del juez, verdadero administrador de justicia, constituyéndose éste último como justo árbitro de la contienda, y el otro como parte, caso en el cual podemos observar al Estado cumpliendo correctamente con su dos roles específicos, pero esencialmente distintos: el de administrador de justicia y el de perseguir por los delitos.

El surgimiento del problema sobre la titularidad del aludido ente público, se explica por la existencia de ciertos resabios del anterior sistema vigente en nuestro país por más de cien años, donde el acusador público no es un árbitro neutral, sino sujeto activo de la incriminación y decidor a la vez, no teniendo sentido hablar de partes adversas ni de contradictoriedad.

Empero nuestro actual sistema consagra un régimen que la doctrina especializada han llamado «adversarial» en donde los rasgos acusatorios tienen un peso definitivo y se entiende que es parte todo aquel que litigue frente a otro con posiciones procesales propias y opuestas a otros intervinientes.

Generándose un marco igualitario de deberes y derechos para los litigantes del proceso criminal, de lo que dan cuenta numerosas disposiciones de nuestro nuevo sistema de juzgamiento penal, como por ejemplo, los artículos 260, 266, 269, 284, 286. Por lo que es inconcuso afirmar que el Ministerio Público y, específicamente sus fiscales, se encuentran en un plano de igualdad procesal frente a la persona del defensor.

2°) Que, si bien es cierto que el derecho a un debido proceso nace y evoluciona con el objeto de proteger al perseguido frente al poder de persecución punitiva del Estado, es preciso distinguir entre la garantía referente a las características del proceso de persecución y, por otra parte, la garantía al respeto de dicho proceso, que se refiere a la legalidad

de los actos del procedimiento. Distinción que aparece claramente en la norma constitucional mencionada, que consagra como deber del legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo, y declara que «toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado».

La legalidad de los actos del procedimiento es un principio consustancial al Estado de Derecho que rige no sólo aquello que pueda afectar particularmente al imputado, sino a cualquiera que inter venga en dicho procedimiento, pues es una condición general de legitimidad de la actuación de cualquier órgano del Estado y, por cierto, también de los que intervienen en el proceso punitivo.

Una interpretación teleológica del principio consagrado en nuestra Carta Fundamental en estudio, permite concluir que si bien la legalidad es una exigencia que se interpone como una barrera a la pretensión punitiva del Estado, ocurre que al asumir éste la condición de una parte litigante privada de prerrogativas y sometida a las reglas del juicio y al dictamen de los jueces, tal como el propio acusado, necesariamente ha de reconocérsele como contrapartida institucional el derecho a que le sean respetadas las posibilidades de actuación que dichas reglas le reconocen y a que, en caso de transgresión sustancial de las mismas, pueda hacer uso de los mecanismos correctivos que el mismo sistema establece. De esta manera los disidentes estiman que el Ministerio Público se encuentra perfectamente legitimado por la Constitución y la ley para invocar la garantía del debido proceso en su favor (Causa Rol 437-05).

OCTAVO: Que en consecuencia, el Ministerio Público está legitimado para invocar la garantía del debido proceso en su favor.

NOVENO: Que en cuanto a las infracciones de fondo en el recurso de nulidad interpuesto en estos autos cabe tener presente:

a) Que el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso recibió el AUTO DE APERTURA DEL JUICIO ORAL DE SEBASTIÁN INOSTROZA BARRERA de fecha 20 de marzo de dos mil cinco, cuya copia autenticada corre a fs. 45, en el cual y en lo pertinente al recurso se lee: «Basa su acusación la señorita fiscal en los siguientes hechos: Delito N°1: Que el 23 de enero de 2005, a las 06 horas en Avenida Pedro Montt en las inmediaciones del terminal

de buses de esta ciudad, el Señor Pablo Valenzuela Herrera, sentenciado en juicio abreviado por esta misma causa y el señor Jonathan Poblete Bustamante, declarado rebelde en estos antecedentes, en compañía de otros sujetos con ánimo de lucro, contra la voluntad de su dueño, sustrajeron a Cristián Pinto Vega, mediante intimidación consistente en amenazas (sic) por parte de los imputados y apuntándolo con un arma, presumiblemente de fuego, las siguientes especies: ...»

b) Como se ha consignado precedentemente el Ministerio Público, al inicio de la audiencia del Juicio Oral sostuvo que en la transcripción del Auto de Apertura se había cometido un error de transcripción al omitir el nombre del Señor Sebastián Edmundo Inostroza Barrera como autor del delito N°1 y solicitó se modificara el auto de apertura a lo que se opuso la defensa, incidente que fue rechazado por el Tribunal de Juicio Oral; apelada esta resolución por el Ministerio Público la Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó lo resuelto.

c) Por otra parte, la juez del Tribunal de Garantía complementó la acusación, ajustándola al audio de la audiencia de preparación del juicio oral, agregando el nombre de Sebastián Edmundo Inostroza Barrera, en el delito N° 1 y rectificando la penalidad en el párrafo quinto, circunstancia que el propio Tribunal Oral en lo Penal reconoce en el basamento cuarto de la sentencia recurrida.

DÉCIMO: Que es un principio básico en nuestro ordenamiento jurídico consagrado en la Constitución Política de la República el que cada tribunal tiene la competencia jurisdiccional que la ley le asigna «al radicar el conocimiento del caso concreto, y que lo faculta posteriormente para resolverlo a través de un debido proceso o de mecanismos alternativos de solución de conflictos» (Juan Colombo Campbell. La Competencia. Segunda Edición Editorial Jurídica de Chile pag. 87) Así la Constitución Política de la República en su artículo 74 inciso 1° establece que «una Ley Orgánica Constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República»; por su parte el artículo 7° del mismo cuerpo constitucional dispone que «los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en forma prescrita por Ley».

UNDÉCIMO: Que la competencia jurisdiccional del Tribunal Oral en lo Penal está determinada en el Auto de Apertura del Juicio Oral, resolución que fija la o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio.

El artículo 325 del Código Procesal Penal dispone que: “El presidente de la sala señalará las acusaciones que deberán ser objeto del juicio contenidas en el auto de apertura del juicio oral ...” y el artículo 341 del mismo cuerpo legal establece que: «La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella», respetándose así el principio de congruencia entre las resoluciones judiciales.

DUODÉCIMO: Que están en lo cierto los sentenciadores al sostener en el fundamento décimo sexto del fallo, cuya nulidad se solicita, que: “estos jueces ven que la resolución en virtud de la cual deben hacer el examen de congruencia (auto de apertura del juicio oral)” en la cual no se acusa a Sebastián Inostroza Barrera como autor del robo con intimidación a Cristián Pinto Vega (Hecho N° 1), pero por lo mismo tampoco pudieron pronunciarse legalmente por un delito por el cual no se le acusa y al hacerlo quebrantaron el artículo 343 inciso 1° del Código Procesal Penal y las disposiciones de la Constitución Política de la República invocadas en el recurso, puesto que sólo les concierne la decisión relativa a la absolución o condena del acusado por cada uno de los delitos que se le imputaren, lo que en la especie no ocurrió respecto del ilícito contenido bajo el Hecho N° 1 del auto de apertura en relación con Inostroza Barrera.

DÉCIMO TERCERO: Que el Tribunal requerido argumenta en su fundamento tercero que: «acusar a una persona en un delito importa individualizarlo atribuyéndole un hecho punible y su participación en el mismo, requisito que no se cumple en la especie, al tenor del literal b) del artículo 259 del Código Procesal Penal, que dispone «la relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos» y el del literal d) de la misma disposición que expresa: “la participación que se atribuyere al acusado” mención ambas omitidas en la descripción del delito N° 1 del auto de apertura, que además menciona a otros ciudadanos no traídos a este juicio como participantes en el hecho» Luego agrega: “Que, en consecuencia, no existe una acusación conforme a la ley respecto

del enjuiciado Inostroza Barrera referida al delito N° 1 indicado” lo que por sí contiene un error por cuanto no fue el hecho descrito con el N° 1 de auto de apertura el que quedó fuera de las posibilidades de juicio sino, que quien quedó fuera por ese hecho fue el referido Sebastián Edmundo Inostroza Barrera que no apareció acusado por aquél.

Consecuencia de lo anterior es la declaración que los jueces hacen en el mismo considerando en orden a que los Tribunales deben “siempre actuar dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley, según mandato constitucional del artículo 7 de la Carta Fundamental quedando en consecuencia el hecho descrito en el N°1 del auto de apertura fuera de las posibilidades de juicio de este tribunal.”

DÉCIMO CUARTO: Que semejante motivación resulta equivocada en cuanto estima omitido «el hecho descrito en el N° 1 del auto de apertura», lo que desde luego importa una flagrante antinomia pues mal puede decirse omitido un hecho que de inmediato se afirma descrito en el N° 1 del auto de prueba y en seguida se concluye que por lo mismo ese hecho queda «fuera de las posibilidades de juicio de este tribunal» cuando en la realidad no lo fue.

El impedimento de condenar por hechos o circunstancias no contenidos en la acusación no habilita para pronunciar absolución a sujetos no acusados, bajo el pretexto de la congruencia porque precisamente también excede el marco del artículo 341 inciso primero del Código Procesal Penal.

DÉCIMO QUINTO: Que, a mayor abundamiento y no obstante lo sostenido, a pesar de dejar constancia que el hecho descrito en el N° 1 del auto de apertura queda fuera de la competencia del Tribunal, en su parte resolutive los sentenciadores entran a pronunciarse sobre dicho hecho al decidir en el Número Primero: El Tribunal ABSUELVE al acusado Sebastián Edmundo Inostroza Barrera, en calidad de autor del delito de robo con intimidación, perpetrado el día 23 de enero de 2005, en esta ciudad, resolución que estaba impedido de formular, desde el momento que, al no figurar como acusado por un hecho no es posible condenarlo ni absolverlo sin violentar los artículos 343 inciso primero del Código Procesal Penal que se refiere a «la decisión relativa a la absolución o condena del acusado» y 7° de la Carta Fundamental que establece que: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de

personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

DÉCIMO SEXTO: Que por lo dicho precedentemente el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso ha infringido el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República al absolver a Inostroza Barrera por un delito que el mismo tribunal reconoce quedar fuera de su competencia, por lo que esta Corte acogerá el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en la forma que se dice más adelante.

Vistos, además, lo que disponen los artículos 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal.

SE ACOGE el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia de fecha doce de julio de dos mil cinco, sólo en cuanto se absuelve a Sebastián Edmundo Inostroza Herrera como autor del delito de robo con intimidación en detrimento de Cristián Pinto Vega y devuélvase estos autos al Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso no inhabilitado que corresponda, para que proceda a un nuevo juicio oral conforme al auto de preparación del juicio oral y su complemento que le remitiera la Sra. Juez del Tribunal de Garantía de la misma ciudad, respecto de la acusación librada contra el referido Inostroza Barrera por su responsabilidad de autor del delito de robo con intimidación de bienes de propiedad de Cristián Pinto Vega.

Acordada con el voto en contra de los señores Ministros Alberto Chaigneau del Campo y Enrique Cury Urzúa quienes estuvieron por acoger la falta de titularidad del Ministerio Público para entablar el recurso de nulidad fundados en que la ley procesal privilegia la preeminencia de la labor del Ministerio Público en la etapa de investigación y así lo declara expresamente el Código del ramo en su artículo 3° cuando le entrega la exclusividad de la investigación penal y el artículo 77 le confiere la facultad de ejercer y sustentar la acción penal pública; por lo que se está, por tanto, frente a un co-detentador de la potestad punitiva del Estado, la cual amenaza desbordarse frente a un imputado que aparece en posición de desigualdad y que debe, por ello, ser protegido

por las instancias más elevadas de la organización jurídica, mediante la garantía de un procedimiento formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el fundamento básico para su defensa. Se ha sostenido también que el “debido proceso” no tiene realmente por objeto instaurar la igualdad entre contendientes de poderes equiparables, sino asegurar el respeto del más débil ante la potestad punitiva centralizada.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante Fernando Castro A.

Rol N° 3984-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Sres. René Abeliuk M. y Fernando Castro A. No firma el abogado integrante Sr. Abeliuk, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

- **Declara que la preparación de los testigos, previo a su declaración en el juicio oral en lo penal, no resulta una actividad ilícita, sino necesaria.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en virtud de la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal. Argumentó, al efecto, que el Ministerio Público, la semana anterior a la realización del juicio, reunió a los testigos a fin de instruirlos en lo que debían declarar, vulnerando de esta manera los artículos 227 del código citado y 3° de la ley N° 19.640, realizando una diligencia que no está prescrita ni autorizada por la ley, de la cual, además, no dejó registro, vulnerando los derechos de la Defensa. Agregó que también faltó al principio de la objetividad. La Corte rechazó el recurso aduciendo que la ley concede el recurso de nulidad para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, cuando las deficiencias denunciadas se cometen dentro del juicio oral o en el pronunciamiento de la sentencia. Estando el artículo 227 dentro de la regulación de la investigación, resulta improcedente invocarlo para actos posteriores a ésta, siendo por este solo motivo improcedente el recurso entablado. Pero aún si ello hubiera ocurrido durante la investigación, la ley no impone la obligación de constar en registros lo dicho por los testigos para su validez y posterior declaración durante el juicio oral. Por otra parte, la Corte declaró que siendo en nuestro sistema procesal penal actual uno de los más importantes medios de convicción la declaración de testigos, resulta del todo procedente y necesaria la realización de una serie de actividades previas a su presentación en el juicio oral, siendo obligación de la Fiscalía ilustrarlos acerca de su rol en la litis, así como del marco general en que éste se desarrollará (actos que se comprenden en la noción denominada «preparación de testigos»), actividad cuya finalidad dice relación con que la declaración del testigo sea sobre la información de que dispone, con el carácter de relevante, así como que ésta sea presentada a los magistrados de forma entendible y clara. En cuanto a que dicha preparación pase a ser ilegal por inducirlos a perjurar, dicha aseveración debe ser probada, además de haberse debido proceder de acuerdo a los medios que franquea la ley en el momento debido para poder solicitar la nulidad por la causal invocada. Finalmente, en cuanto al principio de objetividad, recordó que éste no tiene rango constitucional y frente a su violación, es la propia ley 19.640 la que establece los medios correspondientes, siendo la Corte incompetente en la materia.

Texto completo:

Santiago, a treinta de noviembre de dos mil cinco.

VISTOS:

En estos antecedentes rol único 0400450407 - 6 e interno del tribunal 86 - 2005 se registra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua el treinta de agosto recién pasado, que castigó a Aníbal Gonzalo Toledo Hernández a sufrir cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y a Manuel Jesús Hernández Silva, a padecer diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y a ambos a las accesorias pertinentes, como

coautores del delito de robo con intimidación, en grado de consumado, de mercaderías y dinero de propiedad de Bata Chile S.A., perpetrado el nueve de diciembre de dos mil cuatro en la ciudad de San Fernando, imponiéndoseles el pago de las costas, por partes iguales, sin otorgarles beneficio alguno de los contenidos en la Ley N° 18.216, reconociéndoseles como abono el tiempo que han permanecido ininterrumpidamente privados de libertad en esta causa, desde el nueve de diciembre de dos mil cuatro y a partir del veintiséis de agosto del presente año, respectivamente, según consta en los registros jurisdiccionales del Juzgado de Garantía competente.

En contra del referido dictamen Juan Eduardo Hernández Faúndez, defensor público de los convictos Hernández Silva y Toledo Hernández, interpuso recurso de nulidad, invocando para ello la causal contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

Este tribunal, estimando admisible el recurso, dispuso pasar los autos al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, según aparece a fojas 36 de estos antecedentes.

La audiencia pública se verificó el diez de noviembre en curso, con la concurrencia y alegatos del abogado Reyniero García de la Pastora, en representación de los enjuiciados, por el recurso, y del letrado Hernán Ferrara Leiva, por el Ministerio Público, y luego de la vista del recurso se citó para la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que corre a fojas 39.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el arbitrio descansa única y exclusivamente en la contravención sustancial de derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y en actual vigor, consagrada en la letra a) del artículo 373 del Código procesal penal, que advierte el compareciente desde la etapa de la investigación formalizada hasta el juicio oral mismo, estimando conculcados los artículos 7° y 19, N° 3°, inciso quinto, de la Carta Política y 227 del Código adjetivo criminal.

SEGUNDO: Que la recurrente aduce que durante la tramitación del litigio, el fiscal a cargo de la causa realizó diligencias que quebrantan claramente lo dispuesto por los artículos 227 del Código de instrucción del ramo y 3° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Sostiene que según consta de la sentencia recurrida, todos los testigos de cargo concurrieron a las dependencias de la Fiscalía Local de San Fernando la semana anterior a la realización del juicio oral, donde fueron instruidos en orden a declarar en determinado sentido, dando el señor fiscal las preguntas y las respuestas que los declarantes debían entregar, exhibiéndoles, además, las fotografías de los inculcados para garantizar un reconocimiento favorable a los intereses estatales, en una clara in-

fracción al principio de objetividad que rige el actuar del ente acusador, influenciando sus dichos al ignorar éstos que se encontraban obligados a deponer sobre hechos ciertos y que realmente les constaran, incorporando nuevas circunstancias al hacerlo durante la respectiva audiencia. Actos que no le están permitidos al órgano persecutor por el régimen jurídico nacional, y que se tradujeron en la imposibilidad de conocer dichos atestados sino hasta el momento que los prestaron en la audiencia del juicio oral. Asegura que esta práctica al margen de la ley es inaceptable, más aún cuando permite la validación de testimonios que sirvieron de base para dictar una sentencia condenatoria.

Expresa que la diligencia realizada por la fiscalía no está contemplada y, menos autorizada por la ley, toda vez que se ha efectuado una actividad fiscal después de cerrada la investigación, y aún más, sin dejar registro de la misma, vulnerando el mandato contenido en el artículo 227 de la recopilación procesal penal y transgrediendo de la misma manera el artículo 7°, inciso primero, de la Constitución Política de la República que impone a los órganos del Estado obrar en la forma determinada por la ley, no pudiendo arrogarse otra autoridad o derechos que los que expresamente les han sido conferidos por ella.

La aludida omisión, argumenta, privó a la defensa de la posibilidad de contrastar los asertos de los testigos protegidos con arreglo a los artículos 330 y siguientes de la citada compilación, ya que dichos relatos contienen una versión totalmente diversa a la aportada por los funcionarios policiales que iniciaron el procedimiento, únicos registros donde constaban sus afirmaciones, violentándose, por tanto, la garantía del debido proceso al no conocer a cabalidad, tanto los encausados como su defensa, los hechos y los antecedentes en los cuales el órgano persecutor funda su acusación.

Insta, en definitiva, que acogido el motivo de nulidad esgrimido, se resuelva la invalidación del juicio oral y su fallo, ordenándose la celebración de uno nuevo ante un tribunal no inhabilitado.

TERCERO: Que como lo ha reiterado en diversos veredictos este mismo tribunal, nuestra legislación concede el recurso de nulidad para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, cuando las deficiencias denunciadas se

cometen dentro del juicio oral o en el pronunciamiento de la sentencia, como se desprende con particular claridad de los artículos 372, 373 y 374 del cuerpo procesal penal por lo que, por ende, deben excluirse los hechos y eventuales acciones ocurridos en la etapa previa de la investigación o en algún acto de procedimiento anterior al juicio oral propiamente tal, por los cuales, de haber ocurrido de este modo, debió haberse reclamado en forma y oportunamente, de suerte tal que, por esta sola consideración, este arbitrio no puede prosperar.

CUARTO: Que sin perjuicio del defecto recién anotado, se procederá a examinar el recurso y verificar si se han producido las anomalías denunciadas para la invalidación que se pretende.

QUINTO: Que el primer acápite de nulidad que se levanta por los encartados, consistente en la violación de lo dispuesto en el artículo 227 del Código Procesal Penal respecto de reuniones celebradas en las dependencias de la fiscalía local de San Fernando con anterioridad al juicio oral, es oportuno recordar que el ordenamiento procesal criminal que hoy nos rige, considera tres fases sucesivas, a saber: investigación, etapa intermedia y juicio oral, amén de la existencia de salidas alternativas o de resoluciones que puedan ponerle término anticipadamente y que forman parte de la pluralidad de soluciones al problema penal que ofrece el novel modelo.

En cada una de aquellas se establecen derechos y obligaciones para los intervinientes, que sólo tienen sentido dentro del estadio en el cual se hallan insertas, siendo un criterio decisivo su ubicación dentro del texto procesal penal. En este orden de ideas, la norma cuya inobservancia se reclama se encuentra en el Libro II (Procedimiento Ordinario), Título I (Etapa de Investigación), Párrafo IV, bajo el epígrafe «Registros de la Investigación», el cual ordena el registro de las diligencias persecutorias que lleve a efecto el Ministerio Público, pero sólo dentro del período de instrucción, las cuales carecen, salvo excepciones muy estrictas, de todo valor probatorio. Por consiguiente, el ente acusador no debe cumplir con la disposición mencionada respecto de actividades que realice con posterioridad al cierre de la investigación, ni menos luego de finalizada la etapa intermedia, como ocurre en la especie, más aún cuando sólo se trata de reuniones cuyo único objetivo era alistar a los testigos de cargo.

SEXTO: Que aún en la improbable situación que tales reuniones se hubieran llevado a cabo durante el transcurso de la etapa de la investigación del asunto sub judice, esa carencia de registros de atestados previos no produce los efectos planteados por el impugnante, en orden a afectar la garantía constitucional invocada, por cuanto el derecho procesal penal no los exige como requisito esencial o habilitante para que luego aquellos puedan comparecer durante la audiencia del juicio oral en calidad de testigos. Es más, el artículo 329 expresamente dispone que el atestado personal del testigo durante la audiencia del juicio oral «no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 331 y 332». Excepciones que no corresponden al caso de autos.

Confirma este aserto, lo prevenido en el artículo 259 del estatuto procedimental penal, sobre preparación del juicio oral, que considera en su inciso segundo, los presupuestos que deben acatarse para el evento que el fiscal quisiera rendir prueba testifical, dentro de los cuales no figura la circunstancia que previamente deban prestar declaración escrita ante el organismo acusador.

SÉPTIMO: Que en lo atinente a la presunta ilegalidad de la actividad desplegada por el ministerio público al aprestar a los testigos que luego presentó durante el juicio oral, lo que asocia el recurrente con ciertas prácticas que presentan serios problemas de licitud, haciéndolas aparecer como actos tendientes a construir testigos perjuros, esta Corte estima que el testimonio ampliamente concebido como declaración de testigos, perito o de la propia víctima, constituye uno de los más importantes medios de convicción en la lógica del actual sistema de persecución criminal, por lo que se precisa una serie de actividades previas a su presentación en el juicio oral, debiendo el órgano público ilustrar al deponente acerca de su rol en la litis y del marco general en que éste se desarrollará, dándole toda la información que sea necesaria para que tenga claridad acerca de lo que hará en la sala de audiencia, cómo se inserta aquello en el contexto general del juicio y cuáles son sus derechos y obligaciones, así como las expectativas del sistema frente a su atestado, siendo necesario que pueda experimentar

el escenario que enfrentará en el juicio oral revisando sus dichos, actos todos que se comprenden en la noción denominada «preparación de testigos».

OCTAVO: Que la indicada actividad es fundamental para asegurar que la información de que dispone el declarante posea el carácter de relevante y sea presentada a los magistrados de forma entendible y clara, a fin de evitar narraciones plagadas de circunstancias accidentales carentes de mayor importancia para la resolución de la controversia y cuya demostración tiende muchas veces al entorpecimiento de los objetivos perseguidos por el proceso penal. Es por ello que están en la razón los sentenciadores cuando en el basamento décimo sexto del dictamen cuestionado expresamente dejan sentado que parece «oportuno y necesario orientar a los testigos para que tengan noticia o información mínima del escenario en el cual deberán prestar sus declaraciones, siendo en consecuencia, una diligencia tolerada para la eficacia de la presentación del caso de cualquier interviniente y de la recepción de la prueba por parte del Tribunal». Esta preparación profesional, legal y necesaria, deviene en ilícita, cuando se entregan argumentos, datos o detalles de los hechos que no hayan sido previamente manifestados por el propio testigo, incorporando de esta manera información no percibida por él a su declaración.

La alegación de existir una preparación ilegal de testigos, como en el caso de marras, constituye una aseveración que por su entidad requiere que el recurrente compruebe la existencia de los hechos en que se funda, obligación que incumplió.

A lo anterior debe agregarse que no consta que se hubiesen entablado los medios procesales que le franquea la ley para salvar la irregularidad que alega por intermedio de este recurso. Por lo tanto, ahora resulta absolutamente extemporáneo e impertinente el recurso de nulidad, al fundarse en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

NOVENO: Que en relación al segundo orden de alegaciones, relativas al desconocimiento del principio de objetividad que gobierna al organismo público de persecución penal, es menester destacar que dicha máxima no se ubica dentro de las garantías constitucionales que nuestra carta fundamental enumera, sino que conforma uno de los criterios que orientan la instrucción criminal y es una obligación del fiscal enmarcar su actuación dentro de dicho

axioma, bajo su propia responsabilidad y con las sanciones que la ley asigna al efecto, entre las que no se consigna la anulación del juicio por atropello de dicha norma, en caso de haber existido, más aún si se repara en la carencia de pautas, parámetros o instrucciones de índole reglamentario para determinarlo. Si la defensa entiende vulnerado el deber funcional de «objetividad» que a dicho agente le imponen la Constitución y las leyes, puede impugnar su actuación, mediante el reclamo hecho valer, por escrito, ante la autoridad superior del ente inculpador, quien deberá resolver la cuestión en el lapso de cinco días, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, sin que esta Corte tenga atribuciones para ponderar su cumplimiento por esta vía.

DÉCIMO: Que las reflexiones precedentemente anotadas son suficientes para desestimar en todas sus partes el motivo de nulidad descrito en la letra a) del artículo 373 del Código adjetivo penal invocado por el compareciente en el presente arbitrio procesal.

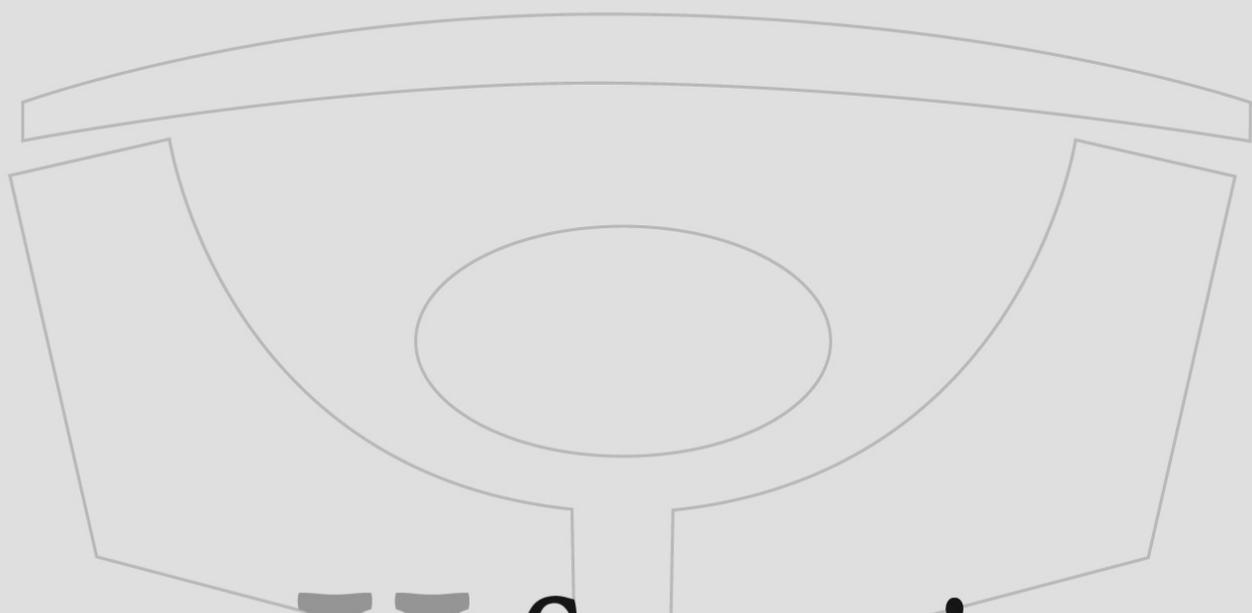
Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 7° y 19, N° 3°, inciso quinto, de la Constitución Política de la República, 227, 372, 373, letra a), 376, 378 y 384 del Código Procesal Penal y 3° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido por los sentenciados Aníbal Gonzalo Toledo Hernández y Manuel Jesús Hernández Silva, representados por el abogado señor Juan Hernández Faúndez, en su presentación de fojas 16 a 21, en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, el treinta de agosto de dos mil cinco, que corre de fojas 1 a 15 de este cuaderno, la que, en conclusión, no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Rodríguez Espoz.

Rol N° 4.715 - 05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Sres. José Fernández R. y Emilio Pfeffer P. No firma el abogado integrante Sr. Pfeffer, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.



II Sentencias Comentadas

FALLO DE NULIDAD DE LA C.S., DE 6.12.2005, EN CASO DE CONDUCCIÓN EN ESTADO DE EBRIEDAD

SILVIA PEÑA WASAFF

Abogada Asesora

Fiscalía Nacional – Ministerio Público

• **Sentencia:**

Santiago, seis de diciembre del año dos mil cinco.

VISTOS: En esta causa del Juzgado de Cañete, Rol Único 0500050175-3, por el delito de manejo en estado de ebriedad, seguido en contra de William Fred Celedón Palacio, se lo condenó, en procedimiento simplificado, a la pena de 60 días de prisión en su grado máximo y multa de 10 Unidades Tributarias Mensuales y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y suspensión de la licencia de conducir por el término de un año desde que la obtenga. A fojas 5, el Defensor Público, actuando por el imputado, interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia precedentemente referida, invocando la causal contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal. Concedido el recurso, a fojas 24 se hizo parte el Fiscal Nacional (S) del Ministerio Público, instando por su rechazo. Estimado admisible, se dispuso su inclusión en la tabla para el día 16 de noviembre del año en curso. En la audiencia respectiva, según acta de fojas 39, con asistencia del abogado de la Defensoría Penal Pública Sra. Pamela Pereira Fernández, por el recurso y de la señora Constanza Feliz Slater, por el Ministerio Público, se fija para la lectura del fallo correspondiente la audiencia del día seis de diciembre del presente año a las 12:30 horas

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la Defensoría Penal Pública ha fundado el recurso en el motivo de nulidad contemplado en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se

encuentren vigentes, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso 5 de la Constitución Política de la República;

SEGUNDO: Que con la dictación de la sentencia impugnada, la recurrente acusa infringida la garantía del debido proceso, pues el Juez de Garantía, al fallar, tuvo en especial consideración una condena anterior por el delito de la misma especie, respecto del cual no daba cuenta su extracto de filiación, solicitando, de oficio, traer a la vista el expediente seguido ante ese mismo tribunal en causa RIT N° 108-2005, RUC N° 0400452336-4, antecedente que no fue invocado por el Ministerio Público y que se encontraba fuera del ámbito de la admisión de responsabilidad efectuada por el requerido en la audiencia de juicio oral. Especifica que la sentencia, en su considerando cuarto, ordenó traer a la vista el expediente citado, antecedente que considera ajeno a la investigación y que no consta en el extracto de filiación y antecedentes del requerido;

TERCERO: Que, continúa el impugnante señalando que donde se manifiesta mayormente la trasgresión acusada es en los considerandos noveno y undécimo. En efecto, indica que respecto del primero de ellos, el fallador consideró como antecedente calificado para imponer la pena de prisión, entre otras, la condena ya impuesta en la causa RIT N° 108-2005, RUC N° 0400452336-4 que este tribunal trajo a la vista y; respecto del considerando undécimo negó el beneficio de reclusión nocturna, estimando el tribunal que concurren los requisitos de las letras a y b del artículo 8 de la ley 18.216, pero no así el de la letra c, pues los antecedentes personales del imputado, especialmente sus condenas anteriores por delitos de la misma especie, en relación a los cuales ya ha gozado de beneficios alternativos al cumplimiento de la condena y además la grave naturaleza y modo de ejecución de este último delito, permiten presumir que

la medida de reclusión nocturna no lo disuadirá de cometer nuevos delitos;

CUARTO: Que, junto con manifestar la recurrente que la incorporación del expediente aludido demuestra que se está ante un tribunal carente de imparcialidad al prejuzgar al inculpado, recuerda que las actuaciones de oficio están prohibidas o abiertamente limitadas para el tribunal y que se permiten en normas tales como los artículos 10, 458, 98 inciso penúltimo, 318 del Código Procesal Penal. Expresa que este límite extremo a la actuación de oficio del juez es justamente para proteger que éste no se contamine con la producción de evidencia, sino juzgue con lo que las partes le presentan, por lo que de ello se desprende el sentido de la norma del artículo 329 del Código en comento que sólo faculta al Tribunal Oral para formular preguntas aclaratorias de los dichos de los testigos, sólo de sus dichos y no respecto de antecedentes nuevos con el fin de no contaminar al tribunal con prueba que no se ha rendido en el juicio;

QUINTO: Que, en estos autos consta lo siguiente respecto de la sentencia de fojas 44 en adelante pronunciada por el Juez de Garantía con fecha seis de septiembre del año en curso: a) que es el mismo tribunal quien señala que de oficio trajo a la vista el expediente RIT N° 108-2005, RUC N° 0400452336-4; b) que de acuerdo a dicho expediente, consta que se condenó al mismo imputado, con fecha 16 de marzo de 2005, como autor del delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, cometido en Cañete el 12 de diciembre de 2004, sentencia que se encuentra ejecutoriada; c) que en su considerando noveno, estimó que, a pesar de haber admitido responsabilidad el imputado en los hechos, no concurrían las circunstancias para aplicar lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal, partiendo de la base la aplicación de los incisos 1° y 5° del artículo 196 E de la Ley de Tránsito y 24 y 30 del Código Penal, pues consideró la concurrencia de antecedentes calificados constituidos, entre otros, por la condena en la causa RIT N° 108-2005, RUC N° 0400452336-4 traída de oficio y; d) que negó el beneficio de reclusión nocturna de la Ley N° 18.216, pues estimó que los antecedentes anteriores del imputado, especialmente sus condenas anteriores por delitos de la misma especie, respecto de los cuales ya ha gozado de beneficios alternativos al cumplimiento de la condena, además de la gravedad de

los hechos, permiten presumir que la medida de reclusión solicitada no tendrá el efecto disuasivo;

SEXTO: Que, de acuerdo a lo señalado y, en el caso de autos, es necesario advertir que consta incluso del mismo registro de audio del juicio simplificado, donde el inculpado admite responsabilidad, que el Ministerio Público, como detentador de la facultad investigadora, efectuó el requerimiento correspondiente de acuerdo al artículo 391 del Código Procesal Penal, donde es el mismo organismo quien admite no haber tenido a la vista ni menos en consideración, el expediente que ha originado la impugnación de la sentencia de autos. Lamentablemente, la señora Juez de Garantía de Cañete, a pesar de dicha circunstancia, no solo el trajo a la vista de oficio la causa RIT N° 108-2005, RUC N° 0400452336-4, sino que, además, la tomó en consideración tanto como para determinar la pena aplicable al imputado, elevándola, como para negarle los beneficios solicitados por la defensa del imputado. Asimismo, debe adicionarse la circunstancia que el imputado admitió responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento, por lo que la actuación de la jueza al excederse de éste y estimarlo de la manera que lo ha efectuado, ha negado la posibilidad al imputado de defenderse previamente de esta circunstancia;

SEPTIMO: Que, a mayor abundamiento, es dable hacer presente que de la lectura sistemática del Código se entiende que tanto el Juez de Garantía como el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, carecen de iniciativa probatoria, pues sólo puede ordenar la práctica de diligencias probatorias que hayan sido propuestas por los intervinientes, de lo contrario, se estaría ejerciendo una facultad de la que se carece, lo que en este caso ha ocurrido, ya que el Juez de Garantía efectuó una actuación cuya titularidad es exclusiva del Ministerio Público y además;

OCTAVO: Que, esta Corte, en relación con el debido proceso, se ha pronunciado al respecto indicando: derecho al debido proceso a que se refiere el artículo 19 N° 3°, inciso quinto, de la Constitución Política de la República que condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional, desde luego a la existencia de un órgano dotado de la potestad de conocer y juzgar una causa civil o criminal, en los términos del artículo 73 de la referida Carta y, en seguida, a que la sentencia sea la consecuencia de un proceso previo, que en el sentir del constituyente, esté

asegurado por reglas formales que conformen un racional y justo procedimiento e investigación, cuya regulación deberá verificarse a través de la ley, que prevea una etapa indagatoria que no se aparte de las normas de actuación del ministerio público, de un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa y la producción de la prueba correspondiente en las audiencias practicadas ante el Juzgado de Garantía o ante el Tribunal del Juicio Oral en lo penal.;

NOVENO: Que, de acuerdo a lo señalado, es evidente que con el proceder del juez de garantía, se han quebrantado las normas analizadas, desde el momento en que de oficio trae a la vista el expediente referido que no fuera materia del requerimiento, tomándolo en consideración para determinar la pena, aumentarla y negar los beneficios solicitados por el imputado, situación que refleja que no se han respetado las normas referentes al derecho a un debido proceso contemplada en el artículo 19 N°3 inciso quinto ya citado, razón por la cual es forzoso concluir que el presente juicio y la sentencia en él recaída resultan ser nulos;

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 372, 376, 378, 384, 386 del Código Procesal Penal, se declara que se acoge el recurso de nulidad deducido a fojas 5 y siguientes, por la Defensora Penal Sra. Loreto Arrebol Villanueva, y se declara nulo el juicio de autos en todas sus etapas, como asimis-

mo la sentencia definitiva dictada, y se repone el procedimiento al estado de celebrarse un nuevo juicio conforme a derecho hasta la dictación de sentencia definitiva, ante juez competente y no inhabilitado que corresponda.

Acordada con el voto en contra de los ministros señor Chaigneau y Segura, quienes estuvieron por mantener la sentencia del tribunal de garantía sin modificaciones, en atención a que estimaron la concurrencia de antecedentes calificados constituidos por la naturaleza del delito, la anterior condena aparecida en el extracto de filiación y el alto grado de dosificación de alcohol en la sangre con que fue sorprendido el inculcado, para aplicar la sanción de la manera que lo ha efectuado el juez de garantía. En su opinión, las infracciones al debido proceso alegadas, a pesar de ser efectivas, no son bastantes para formar el convencimiento de que el imputado tenga buena conducta. Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Alberto Chaigneau del Campo.

Rol N° 4889-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Nibaldo Segura P., Sr. Jaime Rodríguez E. y Rubén Ballesteros C. Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

• Comentario:

El fallo de la Corte Suprema, de 6.12.2005, que, en fallo dividido, acogió un recurso de nulidad interpuesto por la defensoría en contra de la sentencia pronunciada por la juez de garantía de Cañete en un caso de conducción de vehículo en estado de ebriedad (con una alcoholemia de casi 3 gramos), nos merece los siguientes comentarios:

1. Los hechos son escuetamente los siguientes: en febrero del presente año el imputado, en franco estado de ebriedad y sin tener licencia para conducir, chocó un vehículo estacionado, ocasionándole daños que el dueño y querrelante en la causa evaluó en aproximadamente \$ 1.500.000. Al lugar concurrió de inmediato personal policial, por lo que se trata de un delito flagrante, presentándose requerimiento ante el juzgado de garantía. Con posterioridad a la presentación del requerimiento, pero antes de celebrarse la audiencia del juicio simplificado, el imputado fue condenado por el mismo delito, cometido con anterioridad a los hechos que dieron lugar a la causa en que incide la sentencia que comentamos, razón por la cual el fiscal no pudo invocarla en su requerimiento. En la audiencia de juicio simplificado, el imputado reconoció su responsabilidad en los hechos, por lo que el asunto se tramitó en conformidad al antiguo art. 395 del CPP, de manera que no hubo rendición de prueba. Dado que la juez de garantía se acordaba del imputado, porque ella misma había dictado la condena anterior, después del reconocimiento de responsabilidad de parte del imputado y antes de dictar sentencia, tuvo a la vista la condena anterior, a la que hizo referencia en el fallo como antecedente calificado para aplicarle una pena de prisión (60 días) y negarle el beneficio de la reclusión nocturna.

2. Ante esta condena, la defensoría recurrió de nulidad invocando la vulneración de la garantía constitucional del debido proceso, por el hecho de haber tomado en consideración la condena anterior, no obstante que ella no había sido invocada por el Ministerio Público, aduciendo que habría ordenado, de oficio, una prueba no presentada por las partes.

3. La Corte Suprema, por mayoría, acogió el recurso en base a los mismos argumentos de la defensa, y declaró nulos tanto el juicio como la sentencia. Sin embargo, el voto de minoría suscrito por los ministros Chaigneau y Segura, aun reconociendo que la juez se había excedido en sus facultades, por cuanto el CPP no le otorga facultades para introducir de oficio pruebas no invocadas por las partes, estuvo por desechar el recurso, por estimar que la sentencia resulta adecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, sin que las infracciones al debido proceso sean bastantes para desvirtuar la condena.

4. Estimamos que la forma en que actuó la juez de garantía fue absolutamente correcta, pues es evidente que una persona que reiteradamente incurre en un delito que representa un grave peligro para la seguridad de las personas y de la propiedad, no puede tener un trato más benigno por cuestiones puramente formales como la secuencia temporal entre la fecha del requerimiento y la condena anterior, sin que ello signifique, en mi opinión, que despliegue iniciativa probatoria, sino que se trata de un antecedente calificado del que ella estaba en conocimiento por sus propias funciones. Pues bien, tanto el antiguo art. 395 como la Ley 18.216 mencionan la existencia de tales antecedentes como fundamento para la imposición de pena de prisión, y para el otorgamiento o rechazo de alguno de los beneficios que la propia ley contempla, respectivamente.

Asimismo, dado que el Derecho Penal atiende fundamentalmente a la verdad material y no a la verdad puramente formal, la condena debe tomar en cuenta todos los antecedentes para llegar a una condena justa y razonable, criterio que es precisamente el que invoca el voto de minoría para justificar la decisión de la juez de garantía.

COMENTARIO SOBRE FALLO DE LA CORTE DE CONCEPCIÓN RELATIVO A TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DEL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

SILVIA PEÑA WASAFF

Abogada Asesora

Fiscalía Nacional – Ministerio Público

• **Sentencia:**

Concepción, a once de noviembre de dos mil cinco.

VISTO:

1.- Que en estos antecedentes se puso, por resolución del Juzgado de Garantía, a Robinson Ernesto Durán Palma a disposición del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, por hechos que, a juicio del Ministerio Público, son constitutivos del delito de quebrantamiento de condena, previsto y sancionado en el artículo 90 N° 1 del Código Penal. El Fiscal solicitó se condenara al imputado a dos meses de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal;

2.- Que el Tribunal de Juicio Oral mencionado, por lo dispuesto en los artículos 388 del Código Procesal Penal y 14, letra g), del Código Orgánico de Tribunales, declaró su incompetencia absoluta para conocer del asunto, ordenando devolverlo al Juzgado de Garantía. Este último, no aceptó la competencia declinada por el primero, porque, a su juicio, no se estaría, en la especie, ante alguna de las situaciones que contempla el aludido artículo 388;

3.- Que, por resolución de 20 de octubre del año en curso, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, tuvo por trabada la contienda de competencia, remitiéndose los antecedentes a esta Corte para ser dirimida;

4.- Que el artículo 406 del Código Procesal Penal, dispone que: Se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar, en la audiencia de preparación del juicio oral, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas. Para

ello, será necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento;

5.- Que, en el caso en estudio, el procedimiento últimamente indicado, no fue aceptado por el imputado;

6.- Que el artículo 388 del Código Procesal Penal, refiriéndose al procedimiento simplificado, preceptúa en su inciso 1°: El conocimiento y fallo de las faltas se sujetará al procedimiento previsto en este Título. En su inciso 2°, agrega: El procedimiento se aplicará, además, respecto de los hechos constitutivos de simple delito para los cuales el ministerio público requiriere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, salvo que su conocimiento y fallo se sometiere a las normas del procedimiento abreviado que se regula en el Título III, cumpliéndose los demás presupuestos allí establecidos;

7.- Que si bien es cierto el artículo 21 del Código Penal señala la pena de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, como pena accesoria, no es menos cierto que en el caso del artículo 90 N° 1 de dicho cuerpo de leyes, está establecida como pena principal y, la mayoría de los penalistas opinan que el quebrantamiento de condena es un delito específico, aún cuando sui generis, esto es, un ilícito penal de características particulares (Enrique Cury, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, pág. 139; Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, pág.31; Mario Garrido, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, pág.209; Sergio Politoff y Luis Ortiz, Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, pág. 422);

8.- Que, en las condiciones anotadas, cabe preguntarse, como lo hace el autor Iván Fuenzalida Suárez, en un artículo publicado en el Boletín del

Ministerio Público N° 21, páginas 172 y siguientes, sin dar respuesta a su inquietud, a cuál de los delitos que según su gravedad clasifica el artículo 3° del Código Penal, en atención a la pena que tienen, corresponde el delito en referencia: Es una falta, un simple delito o un crimen ?. Como antes se dijo, el artículo 21 del Código Punitivo no la señala como pena de crimen, simple delito ni falta, tampoco como una pena común a estos delitos, sino que, como una pena accesoria de los crímenes y simples delitos. O sea, esta pena accesoria el legislador, curiosamente, por decir lo menos, en este delito específico, la transforma en principal;

9.- Que no cabe duda alguna, que no por estatuirse ella como pena principal en el ya referido artículo 90 N° 1 del Código Penal, pudiera constituir dicho delito un crimen, puesto que ello sería un absurdo. Ahora, determinar si se trata de un simple delito o de una falta, tiene trascendencia para el caso que se resuelve y otros-, puesto que, si se trata de una falta, el asunto debería conocerse en conformidad al procedimiento simplificado, en razón de lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 388 del Código Procesal Penal y, por ende, de competencia del Juzgado de Garantía por lo preceptuado en el artículo 14 letra g) del Código Orgánico de Tribunales. Por el contrario, si fuere un simple delito, debería conocer de él el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, por lo establecido en el artículo 18, letra a), del cuerpo de leyes recién indicado y, debido a que el inciso 2° del aludido artículo 388, diferenciándose claramente de lo que previene el artículo 406 del Código Procesal Penal, permite el procedimiento simplificado para conocer ilícitos penales de esta naturaleza con la salvedad que indica-, solamente cuando el ministerio público requiere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o sea, debe necesariamente tratarse de las expresadas penas privativas de libertad, que no excedan el marco señalado, lo que no es el caso de autos;

10.- Que, sobre lo manifestado, don Enrique Cury (obra antes citada, pág. 319), al señalar que las penas se clasifican según su gravedad en penas de crímenes, simples delitos y faltas, y hacer mención a la pena de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, dice que, en el caso del artículo 90 del Código Penal, en que esta sanción funciona excepcionalmente como principal, debe

convenirse que tal pena escapa a esta clasificación. A su vez, don Alfredo Etcheberry, luego de descartar que en esta situación dicha pena accesoria, pudiera quedar sujeta a la principal, que vendría a determinar la naturaleza de la infracción, toda vez que en este caso la pena deja de ser accesoria y pasa a ser, lisa y llanamente, la principal, agrega que, en verdad, en la situación en mención, es imposible decidir si el quebrantamiento de condena a pena privativa de libertad es un crimen, un simple delito o una falta (Derecho Penal, Tomo II, 2 Edición, pág. 140);

11.- Que anteriormente se ha expuesto que el delito en estudio es un ilícito penal sui generis, de características particulares, y esto, no únicamente por su extraña ubicación dentro de la estructura del Código, sino que también, porque el quebrantamiento de una pena privativa de libertad tiene como sólo efecto el hacer más gravosa la pena quebrantada por un tiempo limitado, o sea, la pena aludida, en lo que respecta a su aplicación, solamente tiene sentido si subsiste la pena quebrantada;

12.- Que es evidente, fuera de discusión, que el ilícito penal en comento es de escasa entidad, se trata de un delito menor y, aún cuando el artículo 90 N° 1 le impone la incomunicación indicada como pena principal, no puede soslayarse, para los efectos de determinar su gravedad, que el artículo 21 del Código Penal le da el carácter de accesoria. Se trata incluso, de una pena mucho menos gravosa que la prisión, que es pena de falta. Por ello, sabiendo que el problema puede no resultar de solución pacífica, y teniendo también en consideración el espíritu que tuvo el legislador al estatuir la norma del artículo 388 del Código Procesal Penal, en atención a lo complejo, caro e innecesario que puede resultar el juicio oral propiamente tal, en delitos de escasa entidad y complejidad como lo es el que se ha venido expresando, los sentenciadores estiman que el ilícito penal en estudio es constitutivo de una falta, aún reconociendo que en el sistema procesal antiguo se acostumbraba, sin que existiera razón jurídica valedera para ello, darle tratamiento de simple delito;

13.- Que, si es así, acorde con lo preceptuado en los artículos 388, inciso 1°, del Código Procesal Penal, y 14, letra g), del Código Orgánico de Tribunales, el conocimiento de este asunto no corresponde al Tribunal de Juicio Oral de esta ciudad, sino que, al Juzgado de Garantía; Por estas reflexiones, disposiciones legales citadas, y lo previsto en los

artículos 190 y 192 del Código Orgánico de Tribunales, se declara que es competente para conocer de esta causa el Juzgado de Garantía, al que le será remitida.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal de Juicio Oral de Concepción.

Insértese en el acta respectiva.

Léase en la audiencia fijada para hoy.

Regístrese y devuélvase. Redactó el Ministro don Guillermo Silva Gundelach.

Rol 729-2005.

• Comentario:

El fallo de la Corte de Concepción, de 11.11.2005, que resolvió la contienda de competencia entre el TJOP y el Juzgado de Garantía de Concepción, en el sentido de que, por tratarse de una falta, corresponde conocer de ella a este último tribunal, nos merece los siguientes comentarios:

Si bien el Código Penal rubrica el art. 90 como “De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias”, no está claro que se trate realmente de un delito propiamente tal, siendo digna de destacar la autorizada opinión de Novoa, que le niega tal carácter, aduciendo entre otras razones el hecho de que dicha norma no está incluida en el Libro II del CP, donde se definen y castigan los delitos en particular, sino en el Libro I, a continuación del título relativo a las penas, así como también, el que sólo tenga prevista una pena accesoria, que supone una condena anterior a una pena privativa de libertad. Otro antecedente que aboga por esta interpretación es la forma en que entendieron la norma en cuestión los comentaristas del Código español de 1870, de donde fue tomada, cuyo máximo exponente es Pacheco. Para este autor, la evasión del detenido o preso no puede ser penada como delito independiente, porque ella responde “a un impulso irrefrenable del ser humano de recuperar su libertad”. En la misma línea están los códigos de habla alemana, que no castigan al que se evade de un establecimiento penitenciario, sino sólo a los terceros que lo ayudan o le permiten hacerlo, y aquellos que, como el francés, sólo castigan la evasión si se comete mediante violencia en las personas o cosas, o soborno. En el caso del código italiano, que contempla la evasión pura y simple, la pena es bastante baja: de seis meses a un año.

La Corte de Concepción opta por una tercera vía, pues aunque sigue a la doctrina dominante en nuestro país, que considera el quebrantamiento de condena como delito autónomo –aunque sui géneris, pues no tiene pena principal–, estima que se trata de una falta, dada la anómala pena que le asigna la ley (incomunicación o agravación de la pena ya impuesta). En consecuencia, la Corte dispone que el tribunal competente para conocer de él es el juez de garantía.

Interesa destacar que, en la práctica, lo que están haciendo los fiscales frente al quebrantamiento de condena y comisión de un nuevo delito, es formalizar tanto por el quebrantamiento como por el o los nuevos delitos cometidos, pero en el caso del primero es para el sólo efecto de que el evadido vuelva cuanto antes a la cárcel a terminar de cumplir su condena por el primer delito, y que luego de logrado este objetivo se aplica el principio de oportunidad en relación con el quebrantamiento y sólo se sigue adelante con la persecución de los nuevos delitos cometidos. Así, en el hecho se está aplicando la ley como si el quebrantamiento no fuera un delito independiente, lo que, a mi modo de ver, es la interpretación correcta a la luz de las razones consignadas más arriba.

PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

SILVIA PEÑA WASAFF

Abogada Asesora

Fiscalía Nacional – Ministerio Público

• **Sentencias:**

Valparaíso, tres de septiembre de dos mil cuatro.

VISTO:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones: Se suprimen sus considerandos, séptimo, noveno y undécimo. En sus citas legales, se agrega en las del Código Penal, la del artículo 11 N° 6 y se elimina la del artículo 750.

Y se tiene en su lugar y además presente:

1°.- Que en esta instancia la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 361 y 333 del Código Procesal Penal, incorporó en la vista de la causa un certificado de antecedentes para fines especiales del sentenciado Isauro del Carmen Astudillo Campusano, emitido el 16 de Agosto último, documento del que se desprende que no registra anotaciones penales pretéritas y que conforme lo establece el artículo 12 del Decreto Supremo N° 64 sobre prontuarios penales y certificados de antecedentes, se otorgará cuando leyes especiales o reglamentos exijan que el postulante a algún beneficio que ellos contemplan, deba acreditar su conducta anterior. Que con el mérito de dicho documento se establece a favor del sentenciado, la concurrencia de la minorante de responsabilidad que consagra el artículo 11 N°6 del Código Penal; Que con relación a las restantes minorantes que se mencionan por el apelante en la, audiencia de la vista del recurso, esto sentenciadores consideran que el debate al respecto quedó centrado, como se desprende del acta en la que se aceptó por el tribunal la tramitación conforme a las reglas del procedimiento abreviado, en las de los numerales 7 y 8 del artículo 11 del Código Penal.

2°.- Que el sentenciado se presenta con tres atenuantes y una agravante, de manera que efectuada la compensación racional para la regulación

de la pena, concurren dos minorantes de responsabilidad penal, lo que permite llegar a la sanción corporal impuesta en primer grado, que es armónica con la solicitada por el Ministerio Público.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 360 del Código Procesal Penal, se confirma la sentencia apelada de once de Agosto último, escrita a fs. 71 de la carpeta, con declaración que por reunirse con respecto al sentenciado Isauro del Carmen Astudillo Campusano, los requisitos del artículo 4° de la ley 18.216, se sustituye la medida alternativa de reclusión nocturna por la de remisión condicional de la pena, debiendo quedar sujeto a la vigilancia de la autoridad que corresponda por el lapso de SEISCIENTOS DOS DIAS, cumpliendo con los requisitos que le exige el artículo 5° de la precitada norma legal.

Regístrese y devuélvanse con los antecedentes acompañados.

Rol 571-2004.

Redacción del Ministro Sr. Martínez.

La Ligua, once de agosto del año dos mil cuatro.

VISTO Y OÍDO:

PRIMERO: Que ante este Juzgado de Garantía de La Ligua en proceso rol interno N° 04-2003, el Sr. Fiscal Adjunto de este territorio jurisdiccional, don **Juan Carlos Rivera Fuentes**, con domicilio en calle Portales N° 05 de esta ciudad, tras concluir la correspondiente investigación, debidamente formalizada, con fecha 02 de julio del año en curso dedujo acusación, modificada en la respectiva audiencia de preparación del juicio oral, contra don **ISAURO DEL CARMEN ASTUDILLO CAMPUSANO**, chileno, cédula de identidad número 07.875.568-7, sin apodos, 46 años de edad, nacido en La Ligua el 28 de febrero de 1958, casado, tres hijos, comerciante y agricultor, con domicilio en Sitio N° 51, comuna La Ligua,

como autor de los delitos de homicidio simple frustrado en la persona de don Joel Astudillo Campusano, y porte ilegal de arma de fuego, en grado de consumado, previstos en el numeral 2° del artículo 391 del Código Penal y 11 de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, respectivamente, exponiendo en su presentación los siguientes hechos, en párrafo que se inserta en forma textual:

“El día 20 de diciembre del año 2003, entre las 12:40 y 13:30 horas, en el sector donde se ubican los portones de acceso a la Parcela N° 20 de El Carmen, lugar ubicado entre La Ligua y Cabildo, en circunstancias que la víctima don Joel Luciano Astudillo Campusano se encontraba en compañía de su hijo Danilo Andrés Astudillo Salvador, de 15 años de edad a la fecha, colocando unas estacas donde están los portones, llegó al lugar el acusado, quien procedió a amenazar con un arma de fuego a la víctima, disparándole en tres oportunidades, dándole uno de los disparos en el muslo derecho, a la altura de la zona genital, causándole lesiones menos graves, consistente en una herida de bala, con salida de proyectil. El disparo se realizó con un revólver, marca Colt, N° de serie 73451, calibre .38, inscrito a nombre de una tercera persona”.

Solicitó se condene al acusado a las penas de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, más las accesorias legales del caso, comiso del arma y pago de las costas de la causa, considerando que concurren como circunstancias modificatorias de responsabilidad penal las atenuantes contempladas en el artículo 11 N° 7 y N° 8 del Código Penal. Hace presente, adicionalmente, que no se configuran circunstancias agravantes de responsabilidad criminal, y que sólo podría ser beneficiado con la reclusión nocturna, como medida de cumplimiento alternativo de la pena privativa de libertad.

La víctima y querellante don **Joel Luciano Astudillo Campusano**, agricultor, domiciliado en calle Los Tilos N° 51, El Carmen, comuna de La Ligua, representado por la abogada doña **Liliana Contreras Retamal**, con domicilio en calle Portales N° 445, Oficina 14, La Ligua, se adhirió a la acusación fiscal, y estimó procedente la concesión de la remisión condicional de la pena.

La defensa, asumida por el abogado particular don **Santiago Moya Kutscher**, con domicilio en

Almirante Señoret N° 70, Oficina 44, Valparaíso, pidió que, además de las minorantes invocadas por el Ministerio Público, se acoja la irreprochable conducta anterior del acusado, y se le conceda el beneficio de la remisión condicional de la pena consagrado en la Ley N° 18.216.

SEGUNDO: Que en la audiencia de preparación de juicio oral celebrada el día 06 del mes en curso, se resolvió someter este caso a la tramitación del procedimiento abreviado, de conformidad con los artículos 409 y 410 del Código Procesal Penal; resolución que adoptó el Tribunal acogiendo la solicitud del Ministerio Público, después de constatar la aceptación expresa por parte del imputado de los hechos materia de la acusación y antecedentes reunidos durante la investigación, libre de presiones y coacciones, y de verificar que la pena pretendida se encuentra dentro del marco establecido en el artículo 406 del mismo Código.

TERCERO: Que para justificar la existencia de los hechos punibles atribuidos al acusado, el señor Fiscal entregó los siguientes elementos probatorios:

- a) Don **Joel Luciano Astudillo Campusano**, en declaración prestada ante la Sección de Investigación Policial de Carabineros y directamente ante el Ministerio Público, manifestó que cerca de las 12:45 horas del día 20 de diciembre del 2003, y mientras se encontraba en el acceso de la Parcela N° 20, Lote A, El Carmen, comuna de La Ligua, llegó su hermano Isauro, quien ante su negativa de abrir la puerta de acceso al lugar, pues recién había finalizado un trabajo en la base de los pilares, estando todavía fresco el cemento, éste lo amenazó y le disparó directamente al cuerpo en tres oportunidades, sintiendo el impacto del último en el muslo de su pierna derecha. Añade que antes de los disparos alcanzó a marcar el N° 133 de su teléfono móvil;
- b) El menor **Danilo Andrés Astudillo Salvador**, hijo del ofendido, confirma que su tío, don Isauro Astudillo Campusano, después de amenazar de “hacer tira a su padre si no le pasaba las llaves del portón”, sacó un arma de fuego entre sus vestimentas, y realizó varios disparos hacia su cuerpo, percatándose cuando fue herido;
- c) El **pantalón** de mezclilla, color azul, marca Jaysón, utilizado por la víctima el día de los hechos,

- el que tiene algunos orificios compatibles con la penetración y egreso de una bala;
- d) El **informe pericial balístico** N° 5424-2003 del Departamento de Criminalística de Carabineros de Chile, concluye que el revólver, marca Colt, modelo Police Positive, calibre .38 corto, N° de serie 73451, inscrito a nombre de don Isaura Astudillo García, entregado voluntariamente por el acusado a la autoridad policial, se encuentra en regular estado de conservación y de funcionamiento mecánico, estando apto para disparar. Las tres vainas percutidas halladas dentro del cilindro con capacidad para seis cartuchos, se hicieron desde dicha arma de fuego, pues las otras tres sometidas a prueba de disparo dejaron las mismas microseñales;
- e) La doctora del Hospital San Agustín de La Ligua, doña **Ana Patricia Landeros Castillo**, asevera que atendió al afectado en el Servicio de Urgencias, y constató que presentaba una herida con salida de proyectil, ubicada en el muslo derecho, muy cerca de la arteria femoral, a cinco centímetros de la zona genital, extendiendo el **comprobante N° 49464**, de fecha 20 de diciembre del 2003; y
- f) Los **informes de lesiones** evacuados por el Servicio Médico Legal de Quillota, con fechas 05 y 28 de enero del presente año, indican que el paciente Joel Astudillo Campusano sufrió una herida de bala transfixiante del muslo derecho, de mediana gravedad, porque sana entre 25 y 30 días, con igual lapso de incapacidad.

CUARTO: Que sobre la base de la aceptación efectuada por el imputado de los hechos de la acusación y los antecedentes reunidos durante la investigación desarrollada por el Ministerio Público, los cuales han sido valorados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, es decir, con plena libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, el sentenciador ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, que el día sábado 20 de diciembre del año 2003, aproximadamente a las 12:50 horas, frente al portón de acceso de la Parcela N° 20, Lote A, El Carmen, comuna de La Ligua, don Isaura del Carmen Astudillo Campusano, premunido de un revólver, marca Colt, modelo

Police Positive, N° de serie 73451, calibre .38 corto, inscrito a nombre de su padre don Isaura Astudillo García, sin contar con el permiso de la autoridad administrativa para portarla, previo amedrentamiento, efectuó tres disparos, uno de los cuales dirigió directamente a don Joel Luciano Astudillo Campusano, quien se encontraba en compañía de su hijo Danilo Andrés Astudillo Salvador, menor de edad, colocando unas estacas en el lugar, provocándole una herida de bala en el muslo derecho, a la altura de la zona genital, con salida del proyectil, que lo tuvo con incapacidad para trabajar entre 25 y 30 días.

QUINTO: Que los hechos precedentemente reseñados, son constitutivos de los delitos de porte ilegal de arma de fuego, en grado consumado, y homicidio simple frustrado, prescritos en los artículos 11 de la Ley N° 17.798 y 391 N° 2 del Código Penal, y al acusado don Isaura Astudillo Campusano le ha correspondido participación en calidad de autor material en ellos, toda vez que el primero es un delito de peligro y se ha acreditado que respecto del segundo el encartado hizo todo lo necesario para provocar la muerte de don Joel Astudillo Campusano, no verificándose por causas independientes de su voluntad.

En efecto, debe descartarse la hipótesis de la legítima defensa sostenida por el inculcado en su declaración como medio de defensa, prestada en la audiencia de control de detención de fecha 21 de diciembre del 2003, con arreglo a los artículos 98 y 326 del Código Procesal Penal, no sólo por la aceptación expresa de los hechos de la acusación, sino también porque según el **dictamen pericial de química forense**, emitido por el Departamento de Criminalística de Carabineros de Chile, no se detectó la presencia de iones nitritos y plomo y/o bario en medio acético de los orificios presentes en el pantalón de la víctima, lo que demuestra que el disparo no fue hecho a tan corta distancia, no concurriendo entonces una agresión ilegítima inminente y la consecuente necesidad racional del medio empleado para impedirla. Además, por la altura de la herida penetrante de bala –cuerpo medio–, no resulta verosímil la versión de que sólo tuvo ánimo de herirlo para impedir que lo agrediera con un “chuzo”, no habiéndose exhibido antecedente alguno que corroborara la destreza requerida para asegurar que apuntó precisamente al lugar de impacto del proyectil. No cabe duda que al menos hubo dolo eventual, pues

el resultado mortal era previsible a la luz de las circunstancias del hecho. El acusado necesariamente se representó la posibilidad de matar con su acción, aceptando el desenlace fatal con total indiferencia, que afortunadamente no se concretó por haber tenido el auxilio médico en forma oportuna.

SEXTO: Que le favorecen al acusado las circunstancias atenuantes contempladas en el artículo 11 N° 7 y N° 8 del Código Punitivo, esto es procurar con celo reparar el mal causado y denunciarse y confesar el delito, pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose.

Efectivamente, el acusado don Isauro del Carmen Astudillo Campusano ha intentado seriamente mitigar las consecuencias lesivas producidas por el ilícito, efectuando siete depósitos en la cuenta corriente del Tribunal, entre los meses de enero y agosto del 2004, por la suma total de \$350.000 (trescientos cincuenta mil pesos), a favor de la víctima don Joel Astudillo Campusano, según se ha comprobado con las boletas de depósitos N°s 7460654, 7481332, 7508242, 7529069, 7567881, 7602305 y 7615968, de fechas 22 de enero, 19 de febrero, 26 de marzo, 22 de abril, 08 de junio, 20 de julio y 05 de agosto del año en curso (\$50.000, cada uno), certificadas por el señor Administrador. Cabe agregar, que dicha actitud fue reforzada en la correspondiente audiencia de preparación del juicio oral, en la que hubo conciliación en torno a la demanda civil presentada por el ofendido, cancelando el inculpado el monto de \$4.000.000 (cuatro millones de pesos) adicionales, por concepto de indemnización de perjuicios (lucro cesante, daño emergente y moral).

En cuanto a la segunda atenuante mencionada, debe recalarse que el imputado llamó vía telefónica a la autoridad policial, comunicando lo sucedido -que hirió a bala a su hermano en una pierna, según el parte policial N° 12 de la Primera Comisaría de Carabineros de La Ligua, de fecha 20 de diciembre del 2003-, poniéndose en forma voluntaria a su disposición y entregando el arma de fuego, en circunstancias que habiendo ocurrido el hecho en una zona rural, alejada de los centros poblados, pudo impunemente sustraerse de la actividad persecutoria del Estado.

SÉPTIMO: Que, sin embargo, se rechazará la irreprochable conducta anterior esgrimida por la defensa, ya que según se desprende del extracto de

filiación del acusado, éste tiene una anotación pronuncial pretérita reciente, a saber: una condena por manejar en estado de ebriedad, lo que destruye un indicio de buen comportamiento que amerite la configuración de una circunstancia minorante de responsabilidad penal de tal entidad, no habiéndose por lo demás exhibido otro antecedente para avalarla. El sentenciador estima irrelevante para estos efectos, el cumplimiento satisfactorio de dicha pena.

OCTAVO: Que abierto debate sobre la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal mencionada en el artículo 13 del Código Penal, se la considerará como agravante, ya que de los certificados de nacimiento del agraviado e imputado, extendidos por el Servicio de Registro Civil e Identificación, éstos figuran como parientes por consanguinidad, en segundo grado de la línea colateral, siendo ambos, hijos de don Isauro del Carmen Astudillo García y doña María Elena Campusano Figueroa.

Debe tenerse presente que una discusión en torno a la obstrucción de una servidumbre de tránsito por el referido terreno, no puede desembocar en una acción de esta naturaleza -delito contra las personas-, exigiéndosele un esfuerzo tendiente a resolver sus diferencias en forma civilizada, especialmente si son hermanos, de quienes se espera una mayor disposición al diálogo.

NOVENO: Que concurriendo dos atenuantes y una agravante de responsabilidad criminal, éstas debieran compensarse racionalmente en la aplicación de la pena dentro del rango asignado por la ley a los delitos en cuestión, teniendo presente que en lo que respecta al homicidio, se deberá imponer la pena inmediatamente inferior en grado, por su fase de desarrollo o concreción.

No obstante lo anterior, el Tribunal **no** podrá fijar una pena superior ni más desfavorable a las requeridas por el Fiscal y Querellante, a pesar de no compartir sus criterios.

DÉCIMO: Que a pesar de haberse configurado un concurso medial, ideal impropio o real en conexión ideológica entre el homicidio simple, en grado frustrado, y el porte de arma prohibida, ya que este último ha sido el medio necesario para cometer el primero, por lo que debiera en principio imponerse la pena mayor asignada al delito más grave, se castigarán separadamente de acuerdo al sistema de acumulación material, por ser más beneficioso para el condenado.

Con dicha interpretación, en la que se descarta un concurso aparente, no se vulnera el principio universal "*non bis in idem*", ya que el delito de porte ilegal de arma de fuego es una figura penal especial, autónoma e independiente que tiene una tutela jurídica distinta al delito de homicidio. No puede subsumirse el referido porte en el delito común de homicidio, por ser el medio comisivo de éste, ya que nuestro ordenamiento jurídico lo considera un "*plus*" del injusto, por sobre los demás instrumentos idóneos, por ejemplo, las armas blancas.

De hecho, la Ley sobre Control de Armas faculta la imposición de una multa, incluso la absolución y sobreseimiento definitivo si la infracción penal no está destinada a cometer "*otro*" delito. Al admitirse esta posibilidad en el porte sin intención criminal, el legislador lo ha querido distinguir de los casos en que si se ha cometido un ilícito, estimándose plausible la aplicación de la sanción penal original. A mayor abundamiento, también dicho cuerpo normativo prescinde de la exigencia del requerimiento previo para investigar, si iniciada la persecución penal por *otros delitos* comunes, se estableciere la perpetración de cualquier delito contemplado en esta ley con respecto a los *instrumentos* para cometer *delitos contra las personas* o contra la propiedad.

UNDÉCIMO: Que se desestimará la petición de la defensa, en relación a la remisión condicional de la pena, al no cumplir con el requisito objetivo de la letra b) del artículo 4° de la Ley N° 18.216, ya que el acusado fue condenado como autor del delito de conducir un vehículo motorizado en estado de ebriedad, por sentencia definitiva de fecha 24 de mayo del 2002, dictada por el Juzgado de Letras de La Ligua, en el proceso criminal Rol N° 3.817-2002, a la pena remitida de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, multa cancelada de 2 sueldos vitales, suspensión de licencia por el lapso de 6 meses, más las accesorias legales.

Y en virtud de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 7°, 10 N° 4, 11 N° 7 y N° 8, 13, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 22, 30, 31, 40, 50, 51, 56, 67, 68, 69, 74, 75 y 391 N° 2 del Código Penal; 2° b), 6°, 11, 15, 18 y 19 de la Ley N° 17.798; y 1°, 2°, 3°, 4°, 297, 340, 341, 344, y 406 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara:

I. Que se condena a don **ISAURO DEL CARMEN ASTUDILLO CAMPUSANO**, previamente

individualizado, a la pena de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS** de presidio menor en su grado medio, y **SESENTA Y UN DÍAS** de presidio menor en su grado mínimo, como *autor* de los delitos de **homicidio frustrado** en la persona de don Joel Luciano Astudillo Campusano, y **porte ilegal de arma de fuego**, en grado *consumado*, tipificados y sancionados en los artículos 391 N° 2 del Código Penal y 11 de la Ley N° 17.798, respectivamente, perpetrados en la comuna de La Ligua el día 20 de diciembre del año 2003; además de la accesoria legal de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y del comiso del instrumento del delito.

II. Las penas temporales se cumplirán en orden sucesivo, principiando por la más grave o sea la más alta en la escala respectiva, a saber: la condena por homicidio simple frustrado.

III. Que concurriendo respecto del sentenciado los requisitos del artículo 8° de la Ley N° 18.216, y a fin de disuadirlo de cometer nuevos ilícitos penales, se le concede el beneficio de la **reclusión nocturna** en recinto penitenciario de Gendarmería de Chile, desde las 22 horas de cada día hasta las 6 horas del día siguiente, como medida alternativa de cumplimiento de la pena privativa de libertad, computándose una noche por cada día de presidio, debiendo abonarse la noche que permaneció detenido el 20 de diciembre del pasado año.

IV. Se decreta el comiso del revólver, marca Colt, modelo Police Positive, calibre .38 corto, serie N° 73451, con cilindro con capacidad para seis cartuchos, incautado por el Ministerio Público, a pesar de que pertenece a un tercero no responsable del delito, pues los antecedentes indican que lo tenía en su poder el sentenciado. Remítase al correspondiente Arsenal de Guerra.

V. Que se eximirá al sentenciado del pago de las costas de la causa, en atención a que habiendo acordado el procedimiento abreviado, aceptó los hechos y antecedentes de la investigación, lo cual tuvo como efecto evitar la realización de un juicio oral, con los gastos asociados a ello.

VI. Gírese cheque a nombre de la víctima, por el monto de \$350.000 (trescientos cincuenta mil pesos), con cargo a los respectivos comprobantes de depósitos, realizados por el sentenciado para resarcir los perjuicios causados, dejándose constancia en la carpeta judicial.

VII. Déjense sin efecto las medidas cautelares personales adoptadas en la audiencia celebrada el 21 de diciembre del 2003. Comuníquese a las respectivas instituciones públicas.

VIII. Certifíquese que la sentencia definitiva se encuentra ejecutoriada, y el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, Decreto Ley N° 645 de 1925 y Decreto Supremo N° 64 de fecha 27 de enero de 1960, oficiando al efecto a Gendarmería de Chile, Servicio de Registro Civil e Identificación y Contraloría General de la República.

Hecho, devuélvase la carpeta investigativa al Ministerio Público.

Regístrese.

R.I.T. N° 04-2003.-

**DECTADA POR DON FERNANDO GUZMÁN
FUENZALIDA, JUEZ DE GARANTÍA DE LA LIGUA.**

• **Comentario:**

El fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 3 de septiembre de 2004, que resolvió la apelación de una sentencia pronunciada en un juicio abreviado¹, en el que no sólo acepta la presentación de un certificado de antecedentes como elemento probatorio, sino que, además, sobre la base de dicho documento, modificó el fallo de primera instancia, otorgando la remisión condicional de la pena –que había sido descartada por el juez de garantía, porque en el extracto de filiación incluido entre los antecedentes de la investigación, figuraba una condena anterior²–, plantea una serie de problemas de muy distinta índole, que analizaremos en los párrafos siguientes:

1. Una primera cuestión se refiere a si la acreditación de las circunstancias que habilitan para otorgar alguno de los beneficios que otorga la Ley 18.216 *constituye propiamente prueba o no*. La duda surge porque tales circunstancias no se relacionan con el hecho investigado, sino con antecedentes previos y características personales del condenado. Aun reconociendo que, en lo medular, la prueba se contrae a acreditar el hecho punible y quiénes lo cometieron, no puede desconocerse que, *para determinar la pena aplicable y su forma de cumplirla*, la ley penal toma en consideración una serie de *circunstancias que nada tienen que ver con el hecho mismo*, sino con situaciones anteriores y posteriores a él, tales como las atenuantes de irreprochable conducta anterior, reparar con celo el mal causado o la colaboración con la justicia (art. 11, Nos. 6, 7, 8 y 9), y las agravantes por reincidencia (art. 12, Nos. 15 y 16). Lo mismo ocurre con los requisitos para acceder a alguna de las formas de cumplimiento alternativo de las penas privativas de libertad –entre ellos, la inexistencia de condenas anteriores– los cuales, naturalmente, también es preciso acreditar en el juicio. De

1 Se trata de una condena pronunciada por el juez de garantía de La Ligua por los delitos de homicidio frustrado y porte ilegal de armas; las penas fueron de 541 días por el primer delito y 61 días por el segundo, las cuales debían cumplirse bajo el régimen de reclusión nocturna. Los hechos se habrían originado en la ocupación por parte de la víctima de tierras reclamadas como suyas por el hechor.

2 La condena anterior (a 61 días, remitidos) fue por el delito de conducción en estado de ebriedad y data del 24 de mayo de 2002.

manera que dichos requisitos quedan dentro de los *hechos y circunstancias pertinentes* que menciona el art. 295 del CPP, y como tales pueden ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.

2. Un segundo problema es determinar si en un juicio abreviado, sea en primera o segunda instancia, es posible rendir prueba.

Para contestar esta pregunta es preciso recordar que la razón de ser de esta clase de procedimientos es acelerar la tramitación de aquellos casos en que no existan dudas sobre la existencia misma del hecho que se investiga ni sobre la identidad de sus autores o partícipes, por lo que no es necesario rendir prueba sobre tales extremos³. Sin perder de vista que este procedimiento sólo está permitido cuando se trate de delitos de escasa o mediana gravedad⁴, requisito fundamental del mismo es que el imputado *accepte expresamente los hechos contenidos en la acusación y los antecedentes que le sirven de fundamento* (art. 406, inc. 2°).

Si bien se mira, se trata, en realidad, de un caso especialmente legislado de convención probatoria; la única diferencia es que los términos de la misma no son propuestos por las partes ni por el juez, sino por el propio legislador, y además no se refiere a hechos aislados, sino al hecho punible en su totalidad, incluida la autoría o participación del imputado en él. De ahí que surta los mismos efectos que los de una convención probatoria ordinaria, esto es, que los hechos que se tengan por acreditados en base a tales convenciones “no podrán ser discutidos en el juicio oral” (art. 275, inc. 1°, del CPP).⁵

En cambio, el reconocimiento o aceptación de los hechos por parte del imputado no tiene ninguna ingerencia sobre aquellas circunstancias independientes del hecho punible que el juez deba considerar para la determinación de la pena o la forma de cumplirla –según se explicó en el apartado anterior–, las que, en consecuencia deberán acreditarse. Como en el juicio abreviado no hay una oportunidad legal para rendir prueba, estimamos que la forma de acreditar tales circunstancias será ante el fiscal, a fin de que éste pueda incorporar los elementos probatorios entre los antecedentes, que junto con el referido reconocimiento sirven de fundamento del fallo.

Las afirmaciones anteriores acerca de las limitaciones de la prueba en el juicio abreviado, son igualmente válidas para el caso de que el asunto pase a segunda instancia: **el tribunal de alzada no está facultado para recibir pruebas respecto al hecho punible ni a la identidad de su autor o partícipes**, porque, como ya se dijo, tales hechos deben tenerse por acreditados; en cambio, las demás circunstancias no relacionadas con tales hechos podrían ser objeto de prueba, pero sólo en la medida en que sea legalmente posible rendir prueba en la segunda instancia.

En la búsqueda de una respuesta a esta última interrogante, no resuelta expresamente por el CPP⁶, es preciso considerar un doble aspecto: por una parte, el CPP hace aplicable en materia de recursos las normas que rigen el juicio oral, y por la otra, el art. 52 remite a las normas del Libro I del CPC. En cuanto al primer grupo de normas, si bien ellas regulan detalladamente la forma de rendir la prueba, no resultan aplicables en la segunda instancia por no darse en ésta las condiciones propias del juicio oral, a saber, la presencia de todos los intervinientes y la posibilidad de interrogar y contrainterrogar a los testigos, así como de tomar conocimiento directo de las demás probanzas que se rindan. Es preciso hacer notar que estos inconvenientes han sido la razón invariablemente esgrimida para desechar, como regla general, la doble instancia en el nuevo sistema penal. En tanto, si se atiende a las normas del CPC, éste en su art. 207 dice que, salvo ciertos

3 Cfr. ROXIN, Klaus, *Strafverfahrensrecht*, 14. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 1976, pág. 312. En Chile, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código Procesal Penal anotado y concordado*, Ed. Jurídica, Santiago, 2001, pág. 485.

4 En la Ordenanza Procesal alemana sólo pueden tramitarse conforme a este procedimiento aquellos hechos en que la pena concreta aplicable no sea superior a un año. (§ 212 b I).

5 En el mismo sentido, Andrés Baytelman, en comunicación dirigida al Fiscal Nacional.

6 Nada dice sobre la prueba el art. 358, que regula la tramitación de los recursos en general, mientras que la mención en el art. 359 del solo recurso de nulidad, es un fuerte argumento a favor de la interpretación que restringe la posibilidad de rendir pruebas únicamente a este último recurso.

casos excepcionales⁷, en la segunda instancia no se admitirá prueba alguna, lo cual es sin perjuicio de la facultad para solicitar pruebas adicionales como medidas para mejor resolver, facultad que tampoco se concilia con las características del nuevo proceso penal, en que la iniciativa en materia de pruebas está entregada exclusivamente a las partes. De manera que la remisión a las normas sobre juicio oral y al CPC debe entenderse con las limitaciones que dimanen de la propia naturaleza del proceso penal reformado.

Aparte de las limitaciones ya anotadas, no hay que perder de vista que el tribunal de alzada, a diferencia del de primera instancia, **sólo es competente para pronunciarse sobre las cuestiones que hayan sido materia de la apelación**, no pudiendo extenderse a otros puntos no contenidos en las peticiones concretas, salvo que se trate de alguna facultad que pueda ejercer de oficio. Pues bien, de la simple lectura del recurso de apelación, salta a la vista que el apelante pidió derechamente la absolución del imputado y, subsidiariamente, la calificación de los hechos como delito de lesiones menos graves, solicitando además el reconocimiento de la atenuante de irreprochable conducta anterior, la que ofreció acreditar mediante un certificado de antecedentes, que por la finalidad para la cual se extiende, se califica de *especial*⁸. De manera que al otorgar una remisión condicional de la pena no pedida por el apelante, la Corte actuó de oficio, pero dentro de las facultades que le entrega el art. 24 de la Ley 18.216 para actuar en esa forma.

De todo lo anterior se desprende que el procedimiento empleado por la Corte de Valparaíso al incorporar un medio de prueba durante la vista de la causa, es de muy dudosa legalidad, ya que no se aviene con los principios que informan el nuevo procedimiento penal, sin que, en todo caso, la cuestión se encuentre zanjada de manera inequívoca en la ley⁹.

3. Un tercer problema envuelto en este asunto es el que concierne a la idoneidad del *certificado de antecedentes para fines especiales* para acreditar la existencia o inexistencia de anotaciones prontuariales. Dicho certificado está definido en el art. 12, letra d) del D.S. N° 64, de 1960, sobre prontuarios penales y certificados de antecedentes, y es una de las cuatro categorías de certificados de antecedentes que extiende el Servicio de Registro Civil e Identificación. Según el inciso final del mismo artículo, la finalidad de estos certificados es acreditar la conducta anterior de una persona cuando ella postule a algún beneficio establecido en leyes especiales o reglamentos que así lo exijan. Aunque la ley no lo dice, tales beneficios se entienden referidos a la obtención de algún trabajo o prestaciones asistenciales que permitan la reinserción social. Para reforzar dicha finalidad, el art. 13 faculta al Director General del Servicio de Registro Civil e Identificación, previa petición del interesado, para ordenar que en esta clase de certificados *se omitan anotaciones relativas a condenas por toda clase de delitos*, con la sola excepción de los más graves.

En consecuencia, el certificado de marras no es un documento idóneo para acreditar la inexistencia de condenas anteriores, ya que por un simple acto administrativo es posible obtener que se omita la mención de ellas.

No ocurre lo mismo con el extracto de filiación, que reproduce fielmente todas las anotaciones que figuren en el prontuario, las que sólo pueden eliminarse en conformidad al art. 8° del mismo D.S. 64, y al Decreto-ley 409, de 1932, sobre regeneración y reintegración del penado a la sociedad. El requisito general para eliminar las anotaciones de condenas anteriores es el transcurso de cierto lapso de tiempo a contar del momento en que se haya cumplido la pena. Sin embargo, los plazos establecidos en ambos cuerpos normativos son distintos, pues para el caso de simples delitos, el D.S. 64 exige un plazo de 5 años, mientras que el Decreto-ley 409, fija un plazo general de 2 años; en la práctica, la norma que se aplica es esta última, tanto por su superior jerarquía formativa, como por responder mejor a la finalidad de facilitar la reinserción social del ex-convicto.

Como en el caso que nos ocupa la pena de 61 días a que fue condenado el apelante, fue remitida, la fecha en que se entiende cumplida la pena coincide con el vencimiento del plazo de observación, el cual, según el art. 5° de la Ley 18.216, no puede ser inferior a un año. Entonces, si la condena por el delito anterior

7 De las excepciones, la única que resulta compatible con las particularidades del proceso penal es la que se refiere a la agregación de documentos, lo que puede hacerse hasta la vista de la causa (art. 348).

8 En el apartado siguiente nos referiremos en detalle a las características propias de esta clase de certificado.

9 En esto coincidimos con la apreciación de Diego Falcone, expresada en el informe que preparó sobre este caso.

fue del 22 de mayo de 2002, la pena se habrá tenido por cumplida el 22 de mayo del 2003, y sólo en ese momento empezó a correr el plazo de dos años para solicitar la eliminación de antecedentes penales. Este elemental cálculo significa que a la fecha del fallo de la Corte –3 de septiembre del presente año– dicho plazo aún no se había cumplido, de modo que el apelante en ningún caso pudo haber obtenido la eliminación de sus antecedentes penales, y por lo tanto el certificado de antecedentes para fines especiales *no refleja su verdadera conducta anterior*.

Y tampoco podía haberse amparado en el beneficio especial que otorgan a los favorecidos con alguna medida de cumplimiento alternativo de la pena los incisos 1° y 2° del art. 29 de la Ley 18.216, puesto que el inciso 3° de la misma disposición *los excluye expresamente para los efectos de su agregación a un proceso criminal*¹⁰.

4. Lo más inexplicable de todo es que la Corte haya ignorado el extracto de filiación, agregado por el fiscal a la carpeta de investigación, y que, por lo tanto, ella tuvo a la vista al momento de fallar el recurso. En esta forma, los juzgadores se encontraron frente a dos documentos contradictorios respecto a la existencia o inexistencia de condenas anteriores: por una parte el extracto de filiación, donde constaba la condena anterior, y por la otra, el certificado de antecedentes para fines especiales, donde se omitió la respectiva anotación. Si bien en el nuevo proceso penal no existe la pena tasada, por lo que los juzgadores tienen amplia libertad para elegir el medio probatorio que mejor logre formar su convicción, no pueden, ante la existencia de dos medios de prueba contradictorios –aún prescindiendo de la clara insuficiencia del certificado de antecedentes para probar la falta de antecedentes penales– inclinarse simplemente por uno de ellos, haciendo caso omiso del otro, pues ello infringe la obligación establecida en el inciso 2° del art. 297 del CPP, de discutir y valorar la totalidad de la prueba rendida.

CONCLUSIÓN:

De todo lo anterior se concluye que el proceder de la Corte fue absolutamente irregular, pues no sólo recibió una prueba improcedente en segunda instancia, y tuvo por probado un hecho en base a un documento previsto para otras finalidades, ignorando, en cambio, el documento legalmente destinado a probar el hecho en cuestión, a todo lo cual se suma el haber preferido al primero de ellos sin discutir siquiera la existencia y virtud probatoria del otro documento, no obstante tratarse de medios de prueba diametralmente contradictorios.

Sin embargo, el perjuicio que tales irregularidades irrogan al Ministerio Público no es tanto, si se tiene en cuenta que la única modificación que los jueces introdujeron a la sentencia de primera instancia fue sustituir la reclusión nocturna por la remisión condicional de la pena, dejando intacta la pena. Por otra parte, según informaciones proporcionadas por el propio fiscal de la causa, la calificación del hecho como homicidio frustrado fue el resultado de una “negociación” con la defensa, sin que conste en absoluto que el hechor haya actuado realmente con dolo homicida, cosa poco probable, por lo demás, teniendo en cuenta que el disparo sólo causó lesiones menos graves en un muslo de la víctima. Por otra parte, los hechos que concluyeron en la agresión se originaron por la ocupación por parte de la víctima de una parcela de propiedad del hechor, ante lo cual éste buscó infructuosamente ayuda, acudiendo primero a Carabineros y luego al propio tribunal, decidiéndose tras esos fallidos intentos de encontrar una solución “legal” al problema, a ingresar como fuera a su propiedad. Ocurridos los hechos, el agresor se entregó a la justicia y confesó el hecho, y además intentó reparar el mal causado efectuando un pago de \$ 4.000.000 por concepto de indemnización.

10 El texto de la citada disposición es el siguiente:

“**Artículo 29.** El otorgamiento por sentencia ejecutoriada de alguno de los beneficios previstos en esta ley a reos que no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que dio origen la sentencia condenatoria.

El cumplimiento satisfactorio de las medidas alternativas que prevé esta ley por reos que no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes puntuariales.

Exceptúanse de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.”

ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DELITO DE VIOLACIÓN IMPROPIA DEL ARTÍCULO 362 DEL CÓDIGO PENAL

FRANCISCO SOTO DONOSO

Abogado

Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos

Fiscalía Nacional – Ministerio Público

• **Sentencia:**

PUERTO MONTT, cuatro de octubre de dos mil cinco.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES, VISTOS LOS ANTECEDENTES

Y, CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante este Juzgado de Garantía de Puerto Montt, en causa RUC 0400337233-8, RIT 3486-2004, la Sra. Fiscal Adjunto doña **MARÍA SOLEDAD SANTANA CARDEMIL** acusó a don **JOSÉ EDUARDO OCHOA ZAMBRANO**, RUT 10.345.927-3, nacido el 06 de septiembre de 1970, de profesión u oficio chofer, domiciliado en calle Pasaje Pehuenche N° 560, Teno, Curicó; y en calle Polpaico N° 410, de Puerto Montt, representado por el defensor penal don Rafael Gallardo Durán, domiciliado en calle O'Higgins N° 176, de esta ciudad, como autor del delito de VIOLACIÓN, en grado consumado, en perjuicio de la menor iniciales K.L.G.A.

SEGUNDO: Que los hechos y circunstancias objeto de la acusación fueron los siguientes: "En circunstancias que el imputado José Eduardo Ochoa Zambrano, de 34 años tomaba pensión en casa de doña Teresa Segovia, mantuvo relaciones sexuales, accediendo carnalmente vía vaginal a la sobrina de ésta, la menor de iniciales K.L.G.A., de 13 años de edad, nacida el 03 de enero de 1991, en reiteradas oportunidades durante el mes de agosto y septiembre de 2004." Que el Ministerio Público consideró los hechos antes descritos como constitutivos del delito de VIOLACIÓN en grado consumado, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, por cuanto el acusado accedió carnalmente a una menor de 14 años. Teniendo participación al haber intervenido en su ejecución de manera inmediata y directa. Agrega que favorece al imputado la atenuante de su irreprochable conducta anterior.

TERCERO: Que de conformidad al artículo 407 del Código Procesal Penal el Ministerio Público, en la respectiva audiencia de preparación de juicio oral, solicitó la aplicación del procedimiento abreviado, modificando su acusación en el sentido que reconoce, además de la irreprochable conducta anterior del imputado, la atenuante de cooperación substancial con el esclarecimiento de los hechos en base a la declaración judicial del imputado, razón por la que solicita la pena de 3 años y 1 días de presidio menor en su grado máximo. Que este Juez de Garantía consultó al acusado y verificó que éste prestara su conformidad al procedimiento en forma libre y voluntaria, señalando que conoce su derecho a exigir un juicio oral, que entiende los términos del acuerdo y las consecuencias que éste pudiere significarle y especialmente, que no fue objeto de coacciones ni presiones indebidas, **habiendo entonces manifestado su aceptación libre y voluntaria, aceptación que también manifestó su Defensor Particular.**

CUARTO: Que el Ministerio Público sostuvo su acusación, con las modificaciones referidas precedentemente, expresando que la discusión no es un problema de justicia material sino que de derecho estricto, dado que, el bien jurídico protegido es la libertad sexual, la honestidad, y lo que el legislador pretende es proteger la vulnerabilidad de personas que no están en posición de definir cuándo comienza su libertad sexual. Agrega que se puede suponer que el imputado, por sus estudios, está sobre el promedio de lo normal y debía saber que tener relaciones sexuales con la menor es un delito, además que según la declaración de la víctima el imputado se cuestionó el hecho de ser mayor que ella. Finalmente, hace presente que una cosa es el error y otra cosa es la duda, y si procede a pesar de que la duda persiste no puede suponerse que haya obrado con error y debe condenarse al imputado.

QUINTO: Que la defensa solicita la absolución de su representado, quien goza de irreprochable conducta anterior, por cuanto estima que es una situación bastante especial que se da como consecuencia de una lamentable modificación de la ley producto de un hecho mediático, misma que le impide obtener algún beneficio de la ley 18.216. En atención a ello, la salida justa, de justicia material, es analizar si existe un error de prohibición o un error de tipo, para lo cual cita a diversos autores de derecho penal. Indica que según el profesor Etcheberry “la razón última por la cual en los casos de error la ley exime de responsabilidad penal radica en que el derecho pide a los ciudadanos que se comporten conforme a preceptos, y para que pueda reprocharle una actitud diferente, el primer requisito es que estos preceptos sean conocidos, ya sea en sus disposiciones generales, ya sea en la dimensión que adquieren, en la circunstancia concreta en que el sujeto se encuentre”. Es decir, lo que importa es la conciencia de ilicitud porque es el elemento subjetivo del tipo que debe existir para que una conducta sea reprochable y esto se diferencia del conocimiento de la ley. Así no puede darse error de prohibición respecto de hechos que indiscutiblemente son reprochables a la luz de los principios más básicos como el Homicidio, Robo, Violación con Fuerza, cosa distinta es con el delito objeto de la acusación. Asevera que, por otra parte, según POLITOFF y MATUS “existe error de prohibición si el hechor piensa que su conducta no es antijurídica”. Finalmente, señala que el error de prohibición debe aplicarse en casos muy excepcionales y estima que éste es uno de esos casos, por lo que insiste en que se absuelva a su representado.

SEXTO: Que el Tribunal tiene por establecido los hechos de la acusación, esto es, que “en circunstancias que el imputado José Eduardo Ochoa Zambrano, de 34 años tomaba pensión en casa de doña Teresa Segovia, mantuvo relaciones sexuales, accediendo carnalmente vía vaginal a la sobrina de ésta, la menor de iniciales K.L.G.A., de 13 años de edad, nacida el 03 de enero de 1991, en reiteradas oportunidades durante el mes de agosto y septiembre de 2004.” Hechos que no han sido cuestionados por la defensa y que además se encuentran ratificados con los antecedentes de investigación, a saber: la declaración judicial del imputado donde reconoce el acceso carnal con la menor, sin perjuicio

del contexto en que sostiene se produjo dicho acceso; certificado de nacimiento de la menor extendido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, donde figura como fecha de nacimiento la indicada en la acusación; la declaración de la menor en que reconoce el acceso carnal con el imputado, sin perjuicio del contexto en que sostiene se produjo dicho acceso; informe médico del Servicio Médico Legal, el cual afirma que en la muestra de contenido vaginal de la menor se encontró un perfil genético (ADN) que se condice con el del imputado en un 99,99999993%; y, orden de investigar diligenciada por la Policía de Investigaciones.

SÉPTIMO: Que en forma previa al análisis de las alegaciones de la defensa se hace necesario hacer una breve reseña de la historia fidedigna del establecimiento de la ley 19.927, en orden a determinar las razones que llevaron a elevar el límite de edad contemplado en el tipo penal del artículo 362 del Código Penal, cuestión que resulta particularmente relevante por tratarse de una legislación reciente. En este sentido la Cámara de Diputados fijó la edad de trece años como límite inicial del reconocimiento de la libertad sexual del individuo, siempre que no medien otras circunstancias como la fuerza o el abuso. Luego el Senado fue partidario de elevar esa edad a los catorce años, teniendo en cuenta que la edad promedio de iniciación sexual voluntaria que arrojan las encuestas efectuadas por la Comisión Nacional del Sida y el Instituto Nacional de la Juventud es todavía superior. La Cámara de Diputados, durante el tercer trámite constitucional, rechazó las enmiendas que contemplaban tal edad, razón por la que se debió conformar una Comisión Mixta que fijó la edad definitiva en 14 años. Importante es destacar que existieron diversas voces que se manifestaron partidarias de no realizar innovaciones sobre la materia o de elevar el límite sólo a los 13 años de edad. Al respecto el Director del Instituto de Criminología, Elías Escaff, al interior de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional, “manifestó su preocupación por el aumento de edad que se propone para la comisión del delito de violación, a la luz de la información recibida. Hizo ver la necesidad de permitir a los jóvenes que determinen con libertad el inicio de su sexualidad, ya que restringirla constituiría el reconocimiento de que son incapaces de adoptar sus propias decisiones y asumir las

consecuencias de su conducta. Sostuvo que los conceptos de la sicología evolutiva han sido sobrepasados por el mayor acceso a la información. Existe un hecho absolutamente demostrado, que es la mayor precocidad de los jóvenes y, por lo tanto, se requiere darles responsabilidad, evitando medidas paternalistas o autoritarias. Podría producir efectos muy graves penalizar las relaciones sexuales con personas de 13 o 14 años, que pueden ser «pololos», especialmente si se tiene en cuenta la sanción asignada a esa conducta.” En la misma instancia el Senador Marcos Aburto “recordó que el límite de los doce años que está en vigencia obedeció a diversas razones, entre otras, que a esa edad la mujer se encuentra capacitada biológicamente -por regla general- para poder concebir, y el castigo de la violación, entre otras razones, persigue evitar embarazos no deseados. Los estudios que se hicieron en la época en que se aprobó el Código Penal concluyeron que esa edad resultaba adecuada y los nuevos estudios demuestran que no ha habido cambios radicales en la materia, como no sea que los jóvenes actualmente presentan un mayor grado de conocimiento acerca de la sexualidad y de las implicancias que conlleva la vida sexual. En esa medida, como la información que hoy en día existe sobre el particular no tiene ninguna comparación con la existente al momento del establecimiento del Código Penal, las decisiones que se pueden adoptar en la actualidad deberían ser mucho más fundamentadas.” A su vez que, en igual oportunidad, el Ministro de Justicia, Luis Bates, “se inclinó por mantener la edad. Los estudios socioculturales demuestran que se han producido cambios importantes desde la promulgación del Código Penal en 1874, en que se establecieron los 12 años de edad, que redundan en una mayor información de los jóvenes. El punto es, en verdad, el consentimiento: si una persona está hoy en día mucho más informada, no es apropiado criminalizar ahora esta conducta.” También en la referida ocasión el profesor de Derecho Penal, Héctor Hernández, “planteó que pueden mediar buenas razones para evitar que el inicio sexual sea muy precoz pero, si socialmente ocurre que es efectivamente precoz, una norma de esta naturaleza significaría criminalizar de manera excesiva esta situación, incluyendo a un sector muy importante de la población que en la actualidad no resulta penalizado porque no le es extraña una iniciación sexual temprana. Por eso, el

dato relevante no es el promedio de iniciación sexual de los jóvenes en nuestro país, sino el número de personas que se inician sexualmente antes de los 13 años de edad, o sea, el 5.7% de los hombres y el 1.4% de las mujeres que, de acuerdo a los estudios de CONASIDA”. Institución ésta última cuyos representantes “se manifestaron contrarios a la elevación de la edad. Afirmaron que no les parece que la protección de los niños aumente con el incremento de la edad, como tampoco mejora la prevención. Como las cifras de que disponen son de iniciación sexual voluntaria, se estaría aplicando una sanción a una conducta sexual normal. La propuesta del proyecto de ley no es congruente con un ejercicio paulatino de los derechos, porque los jóvenes son responsables y capaces de administrar su sexualidad y, si se trata de dar protección a grupos vulnerables, el énfasis debe ponerse en las circunstancias y no en la edad.”

Que del estudio de la discusión parlamentaria puede observarse que se elevó el límite de edad para el delito en cuestión no obstante las aprehensiones formuladas, algunas de las cuales fueron transcritas previamente, porque existía una solución para los problemas de justicia material que se pudieran plantear, esto es, la concurrencia de un error de tipo o de prohibición. Así el Ministro de Justicia, Luis Bates, en la Comisión Mixta expresó que **“los posibles abusos e injusticias que pudieran cometerse con la elevación de la edad, en su opinión, podrían corregirse con el análisis del elemento de culpabilidad propio de cualquier delito. En los casos concretos, podría haber un error de tipo...”** En dicha instancia legislativa el senador Alberto Espina planteó que tratándose de un menor entre 16 y 18 años que tiene relaciones sexuales con su polola de menos de 14 años **“el juez, para resolver una situación de esa naturaleza, siempre podrá examinar la concurrencia de lo que en materia penal se llama el «error de prohibición», esto es, que el joven no hubiese sabido que esa conducta está prohibida.”**

OCTAVO: Que a continuación se analizarán los conceptos jurídicos de error de tipo y prohibición, los que nacen de la separación de dolo y conciencia de antijuridicidad, de modo que, el primero excluye el dolo y, con él, la punibilidad, porque sin el dolo no se realiza el tipo y, por otra parte, el segundo que elimina la conciencia de la antijuridicidad en clave

de culpabilidad. Así Mario Garrido Montt nos dice que “el error de tipo parte del principio de que el dolo requiere del conocimiento de los elementos que conforman el tipo objetivo; si se carece del conocimiento de uno o de todos esos elementos al realizar la acción objetivamente típica, se incurre en error y el dolo queda excluido.” (Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, parte general, tomo II. Editorial Jurídica, Pág. 93). En tanto que respecto al error de prohibición Enrique Cury expresa que “el sujeto se encuentra en un error de prohibición cuando éste recae sobre la antijuridicidad de su conducta, de tal manera que la ejecuta asistido por la convicción de estar obrando lícitamente. En tales condiciones es, por consiguiente, imposible dirigirle el reproche de culpabilidad, pues, en rigor, no tenía motivos para abstenerse de realizar el hecho, lo cual equivale a decir que carecía de libertad para autodeterminarse conforme a las exigencias del derecho.” (Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal, parte general, tomo II. Editorial Jurídica, Pág. 64). Alfredo Etcheberry sostiene que la distinción entre error de tipo y error de derecho “es la terminología dominante hoy en la doctrina, particularmente por la influencia de la sistematización finalista, que disocia los elementos intelectuales del delito en los que pertenecen a la acción típica (dolo) y los que se adscriben al juicio de reproche (conciencia de la antijuridicidad). El primero recaería sobre la concurrencia de las circunstancias de hecho constitutivas del tipo (incluyendo la posibilidad de verificación del resultado y de la virtualidad causal del propio acto); el segundo, sobre la antijuridicidad de la acción realizada (por ignorancia o imperfecto conocimiento de la ley o por error sobre la concurrencia de causales de justificación legales).” (Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal, parte general, tomo I. Editorial Jurídica, Pág. 333).

Que, conforme a lo expresado, en el delito de violación del artículo 362 del Código Penal se presentaría un error de tipo si el sujeto mantiene relaciones sexuales con una menor de 13 años en la creencia que aún se encuentra vigente el límite de 12 años que establecía anteriormente la legislación para que la mujer prestare válidamente su consentimiento al acto sexual. En tanto que habría error de prohibición cuando el sujeto obra en el convencimiento que su comportamiento es lícito, siendo esta una de las variantes que se aceptan para este error.

Que la doctrina exige que el error sea invencible o insuperable para que el error de prohibición

excluya la culpabilidad, esto es, debe tratarse de un error excusable atendida las circunstancias del caso concreto. Al respecto Carlos Fontán Balestra afirma que “para que la ignorancia o el error de prohibición operen como causa de impunidad no tiene que haber sido exigible al autor, de acuerdo con sus pautas (personales, culturales, sociales) el conocimiento de la antijuridicidad de su acción. Enseguida se deja ver que resulta prácticamente imposible alegar que no se sabía que el homicidio o el hurto son hechos delictivos, en tanto que parece razonable que el jujeño que desde chico se ha dado al coqueo sea reputado inculpable desde que, por su educación, condiciones de vida, costumbres, debió reputar conforme a Derecho y no antijurídico el hecho de mascar coca.” (Fontán Palestra, Carlos. Derecho Penal, introducción y parte general. Abeledo-Perrot, Argentina (1998), Pág. 354). Sin perjuicio de lo cual una opinión menos rigurosa tiene el profesor Alfredo Etcheberry, en tanto “el error evitable recae sobre la licitud de la acción. En efecto, la falta de diligencia que aquí se reprocha no se refiere a la ejecución del acto, sino a no haberse informado sobre su significado para el derecho: si era o no aprobado por éste. El resultado típico no se debe a falta de diligencia en el actuar, sino en el saber. Pero al imponer castigo por el resultado causado en estas circunstancias estamos dando por descontado que si el agente se hubiera informado acerca de la ilicitud de su acción, habría desistido de obrar, circunstancia sobre la cual sólo se puede conjeturar. En suma, no hay aquí (al menos, no siempre y necesariamente) una relación de causalidad entre el error y el resultado. Por lo tanto, no se justifica cargar en cuenta al agente el resultado, ni a título doloso, ni culposo, ni tampoco otorgándole una atenuante. Esa es la solución correcta dentro de nuestra ley. El error acerca de la licitud de la conducta, como que no admite grados, no justifica ninguna sanción penal, haya sido o no evitable. No hay dolo, pero tampoco hay culpa causante del resultado.”

Que además de las opiniones doctrinales existen razones jurídicas para aceptar el error de prohibición dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a saber:

a.- Que el artículo 19 N° 3, inciso VI, de la Constitución, al establecer que no se puede presumir de derecho la responsabilidad ha dado el carácter de presunción simplemente legal a la presunción

de voluntariedad consignada en el artículo 1º del Código Penal, de modo que, si bien se presume la conciencia de antijuridicidad del sujeto se puede aportar prueba que destruya tal afirmación. Así lo ha sostenido la Excm. Corte Suprema al señalar que “el dolo genérico, como resulta evidente, debe presumirse porque de otro modo bastaría una mera afirmación de un inculpado en orden a carecer de él, para exonerarse de responsabilidad penal, por lo que la ley ha estimado pertinente establecer que las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario.” (Excm. Corte Suprema, recurso de casación en el fondo de fecha 03 de octubre de 2002, ROL 1772-2001). Más recientemente se ha sostenido que “de acuerdo al artículo 1º del Código Penal, el delito es una acción u omisión voluntaria penada por la ley, presumiéndose en el artículo 2º que las acciones u omisiones son voluntarias a no ser que conste lo contrario. Una conducta sólo puede estimarse «voluntaria», si ha sido libremente ejecutada por el sujeto, esto es, cuando él ha tenido la posibilidad real de comportarse en otra forma; esto sólo ocurre si el autor, al obrar, tenía conciencia de que su actuar era contrario a Derecho, ya que únicamente en esas circunstancias existirá un motivo que lo impela a abstenerse de actuar como lo hace o a conducirse de cualquier forma diferente. Si sólo el que ejecuta una acción conociendo su ilicitud realiza una acción voluntaria y las acciones penadas por la ley únicamente se reputan voluntarias si no consta otra cosa, quiere decir que la cuestión de si el autor de un hecho punible obró a conciencia de lo injusto de su proceder admite prueba en contrario y constituye una presunción meramente legal. Actualmente, este razonamiento se halla categóricamente reafirmado en la Carta Fundamental, art. 19 N° 3, inciso 6, en cuanto prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. La culpabilidad es un presupuesto indispensable de la responsabilidad penal y si, a su vez, la culpabilidad exige la posibilidad real de actuar en otra forma, la cual, por su parte, presupone la conciencia de la antijuridicidad, resulta evidente que hay una prohibición constitucional de presumir de derecho el conocimiento de lo injusto.” (Corte Suprema, casación en el fondo y forma de fecha 4 de agosto de 1998, Contra Carlos Humberto Castro Muñoz);

b.- Que el Código Penal en los artículos 224 y 225 regula el delito de prevaricación en que incurrir

miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los funcionarios que desempeñan el ministerio público cuando por negligencia o ignorancia inexcusables incurrir en algunas de las conductas ahí descritas, de lo cual fluye que se excluye su culpabilidad si el error fue excusable, esto es, un error de prohibición. Por ejemplo el juez de una localidad apartada que ignora la derogación de un delito, cuestión que ocurrió el día anterior, y en razón de ello dicta sentencia condenatoria. De modo que si el legislador contempló casos de error de prohibición para los jueces con mayor razón se puede invocar este para personas legas en derecho;

c.- Que tal como se sostuvo en la discusión parlamentaria de la Ley 19.927, según se vio en el apartado séptimo, es una solución para situaciones de injusticia que se pudieran generar con la modificación del artículo 362 del Código Penal;

d.- Que nuestra jurisprudencia ha aceptado el error de prohibición cuando es invencible o evidente. Así la Excm. Corte Suprema ha señalado que el sujeto “obró de manera inculpable, porque su error de prohibición era invencible.” (Corte Suprema, casación en el fondo y forma de fecha, 4 de agosto de 1998, Contra Carlos Humberto Castro Muñoz). También la lltma. Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda sostuvo que “los sentenciadores no formulan al procesado Mejías el correspondiente juicio de reproche, pues estiman que la ausencia de dolo en su acción, por evidente error en relación con la edad de la ofendida, lo libera de responsabilidad. En tal caso, procede absolvérsele de la acusación que en su contra se dedujo, como lo solicita su defensa.” (Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, recurso de apelación de fecha 22 de agosto de 1988, Contra González Celis, Fernando y otro.); y,

e.- Que el oficio N° 61, de fecha 28 de enero de 2005, del Fiscal Nacional Guillermo Piedrabuena R., expresamente señala que, respecto del artículo 362 del Código Penal, se pueden presentar “las siguientes situaciones, las que en definitiva deberá ponderar el Tribunal: a) Existencia de error de tipo: en el caso, se presentaría si el sujeto activo actúa en la creencia que se trataba de una persona mayor de catorce años. Para estos efectos deben considerarse especialmente las declaraciones de los involucrados, la apariencia física de la persona y las declaraciones de testigos. b) Existencia de error de prohibición: se podría presentar como un error

directo de esta clase si el sujeto activo desconocía la existencia de la disposición legal y no tenía cómo conocerla, o bien si actuó en la creencia que el consentimiento de la víctima en el caso concreto operaba como justificante". Que, como quedó en evidencia, el Ministerio Público consigna la posibilidad de un error de tipo o de prohibición respecto del delito de violación impropia, sin perjuicio de poner énfasis en los casos en que el sujeto activo también es menor de edad y se trata de una relación de pareja.

NOVENO: Que esta magistratura, aplicando al caso concreto los fundamentos anteriormente expuestos, se ha formado la convicción que el imputado actuó en un error de prohibición que destruye la presunción de voluntariedad del artículo 1 del Código Penal y, en consecuencia, por no existir conciencia de antijuricidad se elimina la culpabilidad y por ello también el delito. Que para llegar a la anterior conclusión se tuvo presente:

a.- Que el imputado al prestar su declaración judicial impresionó en todo momento como una persona sincera; que no eludió las preguntas; que mantuvo un relato coherente; y, que hablaba con cariño de la menor. Así relató que conoció a la menor con ocasión de tomar pensión donde una tía de ésta, trabajando una amistad y luego, después de unos meses, comenzaron a pololear para finalmente tener relaciones sexuales al cabo de unos 8 meses. Indicó que la menor era llamativa y se encontraba bastante desarrollada, razón por la que supuso que tenía unos 16 a 17 años. Expresó que para él violación era forzar a una mujer y que jamás pensó que tener relaciones con una menor de edad podía ser considerado como violación. Indicó que junto a la menor salía a pasear como cualquier pareja, se besaban y caminaban tomados de la mano. Señala que le ocultaron la relación a los padres de la menor por la diferencia de edad y porque ésta no tenía buena relación con ellos. Agrega que la menor había tenido relaciones sexuales previamente con otros hombres. Asevera que completó cuarto medio y que tiene estudios técnicos pero incompletos, todo ello hace veinte años. Dedicándose en la actualidad a chofer de camiones;

b.- Que el examen médico practicado por el Servicio Médico Legal a la menor constata un himen festoneado complaciente y una vagina amplia, concluyendo la existencia de signos de actividad sexual;

c.- La declaración policial de María Segovia Vásquez, tía de la menor, quien relató que su hija

mayor Carolina le contó que había visto a su sobrina comiendo un helado en el mall y besándose con el imputado. Señala que no hizo nada pero su hija le dijo lo que había visto al papá de la menor. Además que su hija, Jocelyn Bohle Segovia, cuando declara en la policía de Investigaciones se refiere al imputado como "una buena persona" y que "nunca le insinuó nada";

d.- Que el informe integrado de peritaje psicológico, evacuado por la fundación Juan XXIII, indica que la menor tiene una inteligencia normal promedio, en su límite superior. Concluyendo que "en torno a la madurez sexual de K. es posible señalar que ella ya se había iniciado sexualmente cuando comenzó a sostener relaciones sexuales con Eduardo, motivo por el cual **no es plausible sostener que éste abusó de la inexperiencia o ignorancia sexual de K.**" Además que los "fuertes sentimientos de soledad y abandono, que en la actualidad parecen estar gatillando un trastorno depresivo, son presumiblemente los responsables de que K. haya buscado en Eduardo el apoyo y cariño que no recibía de parte de su familia, iniciando **voluntariamente** una relación de pareja con el imputado."

Que los antecedentes anteriormente expuestos, por ser coherentes entre sí, permiten concluir que el imputado comenzó una relación de amistad con la menor, luego ambos deciden comenzar una relación de pareja para finalmente tener relaciones sexuales. Ahora toca analizar si es razonable que el imputado no se haya representado la ilicitud de actuar, a lo cual esta magistratura responde afirmativamente porque el imputado, conforme a los antecedentes de investigación, entabló una relación sentimental con una menor que tiene un desarrollo intelectual normal promedio, en su límite superior, y que había tenido actividad sexual anteriormente, de modo que, es perfectamente razonable que se representara que se trataba de una menor de 16 o 17 años. Además las máximas de la experiencia indican que si el imputado se hubiere representado la ilicitud de su conducta no se habría exhibido con ella en lugares públicos ni menos haberla besado en dichos lugares. Sin perjuicio que además los antecedentes evidencian que hubo un compromiso afectivo entre la menor y el imputado, recordando ambos con cariño lo vivido.

Que a juicio de esta magistratura el error de prohibición que experimentó el imputado es invencible

o evidente sobre la base que éste sólo completó su educación media, de lo cual han pasado más de veinte años; que su oficio no está referido al ámbito legal sino que es camionero; que la modificación legal al artículo 362 del Código Penal se había producido a menos de un año de la fecha de inicio de la actividad sexual; y, que el imputado estaba frente a una menor que ya había tenido relaciones sexuales consentidas y, que por lo mismo, no había razón para suponer que ahora fuere distinto, máxime si se encontraban enamorados como lo han sostenido.

Que respecto a las alegaciones del Ministerio Público no se comparte su idea que una persona con cuarto medio de educación y que se desempeña como camionero, por esas solas circunstancias, tenga el deber de conocer un tipo específico como el del artículo 362 del Código Penal, ni menos saber que la ley 19.927 aumentó de 12 a 14 el límite desde el cual la mujer puede prestar su consentimiento para el acto sexual. Que en cuanto al hecho señalado por el Ministerio Público respecto a que la relación se le ocultó a los padres de la menor, a este juez le parece razonable la explicación del imputado de que ello se debió a la mala relación de la menor con sus padres y a que existía una diferencia de edad entre ellos como pareja. Sin perjuicio que aún cuando hubieran sido efectivas las alegaciones del Ministerio Público no las considera esta magistratura de la envergadura tal que destruyan los elementos que sí indican la existencia del error de prohibición, aplicando un criterio de ponderación entre unos y otros.

DÉCIMO: Que las valoraciones realizadas en el considerando precedente deben ser relacionados con el estándar de convicción de condena establecido para destruir la presunción de inocencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido el artículo 340 del Código Procesal Penal establece que "nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley." Antes de avanzar se debe afirmar que el referido estándar se mantiene plenamente en un procedimiento abreviado, dado que, el imputado no acepta responsabilidad sino que sólo consiente en que se dicte sentencia con base a los antecedentes que

obran en la carpeta fiscal. Así el imputado no podrá ser condenado exclusivamente sobre la base de su aceptación de los hechos, artículo 412 del Código Procesal Penal, y, especialmente, que conforme al artículo 413, letra c), del referido Código, el establecimiento de los hechos se debe realizar únicamente sobre la base de los antecedentes de la carpeta fiscal, de modo que, la aceptación de hechos por el imputado sin antecedentes que lo respalden no tiene valor alguno. Ahora los antecedentes existentes y aceptados por el imputado deberán ser valorados conforme al artículo 297 del Código Procesal Penal, según el mencionado artículo 413, y, por lo mismo, se apreciará la prueba con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Todo lo cual hace aplicable el estándar del artículo 340 del Código referido al procedimiento abreviado, máxime que el artículo 415 del Código Procesal Penal aplica en forma supletoria la normativa del juicio ordinario. En este sentido María Inés Horvitz y Julian López señalan que "la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del acusado debe estar exenta de dudas razonables (art. 340 inciso 1º CPP). De modo que si los hechos y antecedentes de la investigación, aceptados por el imputado, no alcanzan para formar convicción conforme a este exigente estándar, deberá absolverlo de los cargos formulados en su contra." (Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, tomo II. Editorial Jurídica, Pág. 535).

Que sobre la duda razonable la Excm. Corte Suprema ha dicho que "la sola factibilidad de la duda para condenar importa necesariamente la absolución del acusado..." (Excm. Corte Suprema, fallo de recurso de nulidad de fecha 2 de julio de 2003, Rol N° 1743-03).

Que el estándar de convicción de condena aludido exige una certeza o convicción moral en una conciencia exenta de preocupación, es decir, aquella certeza moral que convence, dirige la inteligencia y satisface la razón. Siendo duda razonable una duda fundada, producto del raciocinio de todos los elementos de juicio envueltos en el caso. No debe ser pues, una duda especulativa o imaginaria.

Que entendida la duda razonable conforme a todos los argumentos precedentes y aplicados al caso concreto, de acuerdo a las valoraciones efectuadas en el considerando anterior, esta magistratura

no ha alcanzado la convicción moral y una conciencia exenta de preocupación en orden a una condena, dado que, el error de prohibición esgrimido por la defensa no se presenta al juzgador como una mera duda sino que como una duda razonable a la luz de los antecedentes de la carpeta fiscal, debidamente expuestos y razonados en el considerando pretérito. Motivo por el cual se dictará sentencia absolutoria.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1 y 362 del Código Penal, y artículos 4, 45, 48, 297, 340, 406 y siguientes del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

Que se **ABSUELVE** a **JOSÉ EDUARDO OCHOA ZAMBRANO**, ya individualizado, de la acusación formulada en su contra como autor del delito de violación a la menor iniciales K.L.G.A., con costas.

Déjense sin efecto las medidas cautelaras que pesan en su contra, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

Regístrese, notifíquese, devuélvanse los antecedentes a los intervinientes y archívese si no se apelare.

RUC 0400337233-8

RIT 3486-2004

Pronunciada por don Patricio Rondini Fernández-Dávila, Juez de Garantía de Puerto Montt.

Puerto Montt, veinte de diciembre de dos mil cinco.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada salvo los considerandos séptimo, noveno y décimo que se eliminan.

Entre las citas legales se elimina la referencia al artículo 48 del Código Procesal Penal.

Y se tiene en su lugar, y además presente:

PRIMERO: Que consta de los antecedentes remitidos por el Juzgado de Garantía de Puerto Montt, que en causa RUC 0400337233-8, RIT 3486-2005, la Fiscal Adjunto de Puerto Montt, María Soledad Santana Cardemil, dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia dictada con fecha 4 de octubre de 2005, en procedimiento abreviado, por el Juez de Garantía de Puerto Montt don Patricio Rondini

Fernández-Dávila, que absolvió al imputado José Eduardo Ochoa Zambrano de la acusación que lo sindicaba como autor del delito de Violación, en grado de consumado, en la persona de la menor iniciales K.L.G.A.

Expone que el Ministerio Público formuló acusación por el delito de violación del artículo 362 del Código Penal, por cuanto se acreditó más allá de toda duda razonable tanto el hecho punible como la participación del imputado, de acuerdo a los antecedentes reunidos en la carpeta fiscal, a saber, declaración de la menor, examen efectuado por el Servicio Médico Legal que da cuenta de actividad sexual en la menor, análisis de ADN y examen que confirmó presencia de espermios en la muestra vaginal. A mayor abundamiento el imputado declaró reconociendo los hechos. Así sostiene, se probó que éste accedió carnalmente vía vaginal a la menor de 13 años de edad, iniciales K.L.G.A, nacida el 3 de enero de 1991. Este hecho configura el delito de violación del artículo 362 del Código Penal, en su actual redacción, por tratarse de una menor de 14 años de edad.

Sostiene que de conformidad al artículo 8 del Código Civil nadie puede alegar ignorancia de ley después que ésta haya entrado en vigencia. No hay disposiciones que la hagan inaplicable en materia penal y hace referencia a la historia de la ley. Agrega que el error de prohibición según la doctrina y jurisprudencia es excepcional, se exige que sea invencible, lo que se acreditará con las características personales, culturales o sociales del caso, los que no se dan en la especie si se considera la edad del acusado, estado civil (casado), su profesión (chofer), sus estudios (enseñanza media y estudios técnicos inconclusos).

Solicita en concreto se revoque la sentencia que absuelve al imputado y en su lugar se dicte sentencia condenatoria por el delito de violación, imponiendo una pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, con las correspondientes accesorias legales.

Con fecha 6 de diciembre en curso, se efectuó la audiencia respectiva para la vista del recurso, escuchándose a los intervinientes, quedando la causa en acuerdo.

SEGUNDO: Que la sentencia de primer grado estableció como hechos de la causa que

en circunstancias que el imputado **José Eduardo Ochoa Zambrano**, de 34 años de edad, tomaba pensión en casa de Teresa Segovia, mantuvo relaciones sexuales, accediendo carnalmente vía vaginal a la sobrina de ésta, la menor iniciales K.L.G.A, de 13 años de edad, nacida el 3 de enero de 1991, en reiteradas oportunidades, durante el mes de agosto y septiembre de 2004.

Los hechos no fueron cuestionados por la defensa y además se acreditaron con los antecedentes de la investigación, que se tienen a la vista.

TERCERO: Que la presente causa se tramitó de conformidad al procedimiento abreviado, modificando su acusación el Ministerio Público en el sentido de reconocer, que además de la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, favorecía al imputado Ochoa Zambrano, la circunstancia atenuante contemplada en el N° 9 del mencionado artículo 11, esto es, si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, fundada en la declaración judicial del imputado.

CUARTO: Que la controversia entre los intervinientes versó sobre la existencia de un error de tipo o error de prohibición, acogiendo el Juez de primer grado la alegación de la defensa en el sentido que existió un error de prohibición, declarándose en definitiva la absolución del acusado de los cargos que se le formularan, sosteniendo que el mencionado error destruye la presunción de voluntariedad del artículo 10 del Código Penal, y al no existir conciencia de antijuridicidad se elimina la culpabilidad y por ello también el delito.

Que en el considerando octavo, la sentencia hace un análisis de los conceptos jurídicos de error de tipo y de error de prohibición en general, citando doctrina y jurisprudencia sobre ambos, además señala argumentos jurídicos para sostener la aceptación del error de prohibición dentro de nuestro ordenamiento legal. Razona que de acuerdo a lo expuesto, en el delito de violación del artículo 362 del Código Penal, existiría un error de tipo si el sujeto mantiene relaciones sexuales con una menor de 13 años creyendo que aún se mantiene vigente el límite de 12 años que establecía anteriormente la legislación para que la mujer prestare válidamente su consentimiento al acto sexual. En tanto, existiría error de prohibición cuando el sujeto obra en el convencimiento que su comportamiento es lícito, siendo esta una de las variantes que se aceptan para este error.

QUINTO: Que el sentenciador de acuerdo a los antecedentes de la investigación y declaración del acusado concluye que es razonable que el imputado no se haya representado la ilicitud de su actuar, ya que entabló una relación sentimental con una menor que tiene un desarrollo intelectual normal promedio en su límite superior, y que antes había tenido actividad sexual, de modo que es sensato que se representara que se trataba de una menor de 16 o 17 años. Si se hubiera representado la ilicitud de su conducta, no se habría exhibido con ella en lugares públicos ni besado en ellos. Además los antecedentes demuestran que existió un compromiso afectivo entre la menor y el imputado.

Agrega que a su juicio este error era “invenible” sobre la base que el imputado contaba con educación media, estudios que terminó hace más de veinte años; que era camionero; que la modificación legal al artículo 362 del Código Penal se habla producido a menos de un año de la fecha de inicio de la relación sexual y que la menor ya había tenido relaciones sexuales consentidas, por lo que no había razón para suponer que ahora fuera distinto.

SEXTO: Que al prestar declaración en la audiencia respectiva, el imputado José Eduardo Ochoa Zambrano, manifestó que conoció a la menor en el lugar donde tomaba pensión. Era atractiva físicamente, demasiado sobresaliente, llamativa. Empezó a conversar con él y le contaba sus problemas, le dijo que tenía dificultades en su casa con sus padres, con su madre. La habían violado en su casa cuando hizo su padre una fiesta. Incluso eso produjo una discusión y su padre se trató de suicidar. Los padres se separaron y la madre se ve con otro hombre a Santiago. Ella permaneció con el padre y con la tía. Respecto a los hechos manifiesta que nunca supo que era un delito, lo mismo dijo en Investigaciones. No sabía que la ley había cambiado y le habían «sacado o puesto». Él está atento a los cambios de la Ley de Tránsito pero no a una ley que supuestamente le perjudicaba. Se paseaba en el centro de la ciudad con ella y si hubiese sabido que cometía un delito no lo habría hecho. Ignoraba que la palabra violación abarcara tanto, para él violación era forzar a una persona a hacer algo a la fuerza. Estaba consciente que no cometía ningún delito. Cuando fue notificado recién supo lo que había hecho por ignorancia, supo que estaba mal. No quería hacer daño, sólo compartir con ella y ayudarla. Reitera que

no sabía lo que era una violación hasta que su abogado se lo dijo. Actuó por ignorancia, no cree que haya cometido un delito.

Interrogado por el Fiscal señala que estudió hasta cuarto medio y realizó por unos meses un curso de administración en el Duoc. Es conductor de camiones, para eso tuvo que dar examen teórico y práctico. Estudió en un liceo científico humanista. Antes trabajaba en transportes como chofer igual. También fue Junior en el hotel Araucano de Concepción. Conoció a la menor aproximadamente desde enero o febrero del año 2004. Empezaron a tratarse más y en agosto empiezan a tener relaciones más íntimas. Conoció a su madre, a la tía, a sus primas, conocía perfectamente a la familia, antes de pololear con ella. Sabía que la niña estaba en el colegio, no sabe en qué curso, no la vio con uniforme. Conoció a sus amigas. éstas también eran llamativas pero no tanto como ella. Ella sobresalía como mujer. Agrega que no sabía que estar con ella era delito, se le pregunta si sabía si estar con menores era delito y contesta que «no sabía». ¿A qué edad consideraba que era aceptado estar con una niña? Contesta «no sabría decirle, era una chica juvenil». No se planteó que estar con ella era problema. Lo que él tenía claro y lo que le enseñaron era que la palabra violación era forzar a alguien. Se le consulta si sabía si era permitido estar con una niña más chica que ella? Contesta «no sabría decirle, los ojos míos no son como los de otra persona». No se planteó como un problema que fuera menor. Interrogado sobre lo que la menor narró a la psicóloga en la entrevista, en el sentido que al principio eran bien amigos, y ella le dijo que le gustaba pero él le contestaba que era mayor. Contesta que eso es cierto. El le decía que era mayor. No lo tomaba como problema, el inconveniente era decírselo al padre porque no quería que ella tuviera dificultades, su padre era estricto y había diferencia de edad. Él la empezó a querer. Nació un sentimiento de preocupación, de cariño, no sabe si estaba enamorado completamente. Ella le contaba que tenía complicaciones por su situación familiar, le afectaba eso. Desde un principio supo de sus problemas. Manifiesta que la menor había tenido relaciones sexuales antes, no sabe si las tuvo o fue violada, le contó que fue violada en la casa de sus padres en una fiesta, por un amigo de ella, le narró una situación de abuso. Eso lo conversaron antes de tener relaciones sexuales. No le preguntó la edad,

no la tenía clara porque cuando la conoció, lo que menos le preocupó fue la edad, la miró y la vio mujer. Pensaba que tenía unos 16 o 17 años.

Examinado por su defensa contesta que ella tenía cuerpo de mujer, tenía busto, cintura, caderas. Se le pregunta por su porte y si tenía más cuerpo que su madre, contesta que medía como un metro sesenta centímetros, efectivamente tenía más cuerpo que su madre. No escondió la relación, salvo de los padres, se paseaban por el centro de Puerto Montt, se besaban. Nadie decía nada porque él no tiene cara de viejo y ella no tiene cara de niña.

Preguntado por el Juez para que explique por qué pensaba que la menor tenía 16 o 17 años, dice que se notaba en la forma de vestirse, en lo que sobresalían sus pechos al caminar y en todo lo que se destaque una mujer. También le pide que aclare cuánto busto tenía. ¿mucho o poco? Contesta «bastante busto», Agrega que sus partes íntimas eran «bastante desarrolladas» e incluso durante la primera relación sexual no estaba virgen, ella le dijo que no lo era.

SÉPTIMO: Que como se aprecia claramente de su declaración, el imputado no es que tuviera dudas respecto a las edades señaladas antes y después de la modificación al artículo 362 del Código Penal por la Ley 19.927 de 14 de enero de 2004. No se cuestionó la edad de la menor, porque como señaló la edad no era un problema para él ya que consideraba que el delito de violación se circunscribía a forzar a una persona a hacer algo que no quería. Tanto así que según su versión nunca le preguntó la edad, pareciéndole que tendría unos 16 o 17 años. Al conocerse se inició una relación de amistad entre ambos. Durante ese tiempo ella le contaba sus problemas familiares. Posteriormente nació un vínculo sentimental entre ambos, hasta llegar a agosto del año 2004, en que por primera vez tienen relaciones sexuales.

OCTAVO: Que, estos sentenciadores no comparten la opinión del Juez a quo que concluyó que el imputado José Eduardo Ochoa Zambrano actuó bajo un error de prohibición invencible al acceder carnalmente por vía vaginal a la menor de catorce años de edad iniciales K.L.G.A. por las razones que se expondrán.

NOVENO: Que la doctrina coincide en que el error de prohibición cuando es invencible (excusable),

es decir, cuando el sujeto en el caso real y concreto ni aún empleando la diligencia debida o adecuada hubiera podido salir de él, debe llevar a la absolución. Incurrir en este error quien cree que está obrando conforme a derecho, aunque en realidad realiza una acción típica y antijurídica, tiene un falso concepto de la licitud de su actuar. El conocimiento que se exige corresponde al del «profano» en materia jurídica, al conocimiento potencial (Enrique Cury Urzúa, Derecho Penal, Parte General, Pág. 437 y siguientes; Vivian Bullemore G.- John R. Mackinnon R., Curso de Derecho Penal, tomo II, Teoría del Delito, Pág. 92 y siguientes; Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Sergio Politoff L, Jean Pierre Matus A. y María Cecilia Ramírez. Pág. 323 y siguientes; Eduardo Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I, Pág. 533, y siguientes; Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte General, tomo II, Pág. 230 y siguientes).

También la Excm. Corte Suprema en casos excepcionales lo ha acogido, siempre que éste se acredite en el proceso, destruyendo así, mediante prueba en contrario, la presunción puramente legal de conocimiento de lo injusto contenida en el artículo 1° inciso segundo del Código Penal. A modo de ejemplo, causa Rol N° 3173-2004, fallo de 21 de diciembre de 2004" En autos, la defensa no se funda en la conciencia del defendido de estar ejecutando un acto lícito en la persona de la menor, sino en el simple desconocimiento de que la sola edad de la menor era determinante del delito, lo que equivale a alegar la ignorancia de la norma contenida en el artículo 362 del Código Penal para tipificar el delito de violación, alegación que se encuentra prohibida conforme el artículo 8° del Código Civil. Luego, esta presunción obligaba a la defensa a probar de contrario el desconocimiento real por parte del encausado que la minoridad de la ofendida era constitutivo de delito y al no hacerlo no corresponde su aceptación". (Considerando 5° sentencia de reemplazo Corte Suprema); Rol N° 1338-98, fallo de fecha 4 de agosto de 1998". Por consiguiente, nos encontramos frente a un caso de aquellos que en la doctrina se conoce como error de prohibición. Entendidas las cosas de este modo, cuando el procesado disparó sobre la víctima, creyendo erróneamente que se hallaba amparado por la justificante de legítima defensa del artículo 10 N° 5 del Código Penal, obró de manera inculpa, porque su error de prohibición era inven-

cible. En efecto, de nadie puede razonablemente esperarse que, si en el fragor tumultuario de una disputa violenta advierte que uno de los adversarios apunta con una pistola contra el pecho de su hijo, tenga la sangre fría como para cuidarse de verificar si el arma se encuentra en situación de ser efectivamente disparada. Así las cosas, su equivocación es inevitable porque ni aun empleando todo el cuidado que de él se podía exigir en tales circunstancias estaba en situación de salir de ella».

También tratan el tema las sentencias dictadas en causa Rol N° 569-98 de 31 de marzo de 1998; Rol N° 3881-97 de 10 de diciembre de 1997.

Que apreciando libremente la prueba rendida, conforme lo dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, parece a estos sentenciadores que no es posible sostener que estamos frente a un caso de error de prohibición inevitable. No existen elementos que permitan llegar a la conclusión que el acusado con su nivel de educación, conocimiento de la menor y su entorno familiar, más las circunstancias fácticas del caso a que nos referiremos, haya actuado bajo un error de prohibición inevitable.

El fallo en alzada para concluir como lo hizo, es decir, que existía un error de prohibición invencible, consideró las siguientes circunstancias: que el acusado impresionó como una persona sincera: dio un relato coherente; "pololeó" con la menor y al cabo de unos ocho meses, «tuvieron relaciones sexuales; la menor era llamativa y con un cuerpo desarrollado, como el de una mujer, no de una niña, lo que le hizo suponer que tenía 16 o 17 años; que jamás pensó que tener relaciones con una menor podía ser considerado como una violación porque para él violación significaba forzar a una mujer; que jamás ocultó su vínculo sentimental con la menor y se paseaban en público como cualquier pareja; que la menor había tenido relaciones sexuales previamente con otros hombres, que inició voluntariamente una relación de pareja; la menor según el Informe técnico tiene un desarrollo intelectual normal promedio, en su límite superior; que el acusado completó sus estudios medios y técnicos incompletos hace más de veinte años; es razonable que se representara que tenía 16 o 17 años como dice; que su oficio no esté referido al ámbito legal sino que es camionero por lo que no tiene el deber de conocer un tipo específico como el artículo 362 del Código Penal ni menos que la ley 19.927 aumentó la edad de 12 a 14 años; que

la modificación al artículo 362 del Código Penal se habla producido a menos de un año; que si la menor había tenido antes relaciones sexuales voluntarias no había razón para suponer que ahora sea distinto.

DÉCIMO: Que, como asunto previo, es necesario aclarar que en lo que se refiere a la modificación del artículo 362 del Código Penal, que aumentó la edad de 12 a 14 años, resulta innecesario analizarlo ya que no estamos en presencia de un error de tipo, es decir, en que se yerra sobre los elementos pertenecientes al tipo penal y así parece entenderlo también el Juez a quo al aceptar la existencia en la especie de un error de prohibición.

DÉCIMO PRIMERO: Que, como ya hemos dicho la Jurisprudencia ha aceptado la existencia del error de prohibición en situaciones muy excepcionales. En la especie, no existe ninguna situación que pueda estimarse de excepción. En efecto, el acusado es una persona que cursó enseñanza media completa y unos pocos meses de enseñanza técnica: que se desempeña como chofer de camiones, por lo tanto debió rendir exitosamente los exámenes teórico y práctico para obtener la licencia de conducir que se exige y que está atento a los cambios de la Ley de Tránsito; de 34 años de edad, casado, con hijos; conocía perfectamente a la familia de la menor; sostuvieron una relación sentimental por varios meses antes y la veía vestir uniforme escolar.

La defensa sostiene que el acusado sabía que se trataba de una menor pero él la veía como mujer, y se pregunta qué de malo tiene sostener relaciones sexuales con una menor si incluso en la actualidad podrían haberse casado. El no tuvo conciencia de la antijuridicidad de su conducta, de lo contrario no se habría paseado públicamente con la menor. En cuanto al argumento que la menor tenía un desarrollo intelectual normal promedio, en su límite superior, lo que importa es la edad cronológica de la víctima, sin atender a su desarrollo mental (en tal sentido el Profesor Luis Rodríguez Collao, Delitos Sexuales) y no podría ser de otro modo, de lo contrario no habría certeza jurídica. También es irrelevante el consentimiento de la menor, ya que en la hipótesis del artículo 362 del Código Penal, la ley considera que los menores de 14 años no están capacitados para consentir válidamente la realización de comportamientos de índole sexual.

Respecto a todas las alegaciones sobre la modificación al artículo 362 del Código Penal, ello

sería motivo de análisis si se hubiera aceptado la existencia de un error de tipo, lo que no ocurrió. A mayor abundamiento, basta recordar que el acusado dice haber pensado que tendría 16 o 17 años.

En cuanto a que la menor antes había tenido relaciones sexuales, el mencionado artículo 362 no exige como requisito la virginidad de la ofendida.

Sobre la argumentación que el acusado por su oficio no tiene el deber de conocer un tipo específico como el artículo 362 del Código Penal, es necesario recordar que el conocimiento que se exige, es un conocimiento potencial, como dicen los tratadistas “de un profano”, de lo contrario sólo quienes poseen estudios de derecho podrían cometer este delito. Como señala el Profesor Enrique Cury “el agente no yerra sobre los elementos pertenecientes al tipo (error de tipo), sino sobre la relación entre su conducta y el ordenamiento jurídico». El sujeto ignora que, en general, su conducta está sancionada por el ordenamiento jurídico. Por lo demás el acusado tiene un nivel educacional que puede considerarse promedio entre los demás ciudadanos (enseñanza media cumplida).

Por otra parte, existen elementos fácticos que ratifican la conclusión a que llegaron estos sentenciadores. La menor señala “...al principio éramos bien amigos, yo siempre le contaba mis problemas y le dije que me gustaba, pero él me decía que era mayor y después empezamos una relación...». Afirmación que fue ratificada por el acusado. Es decir al principio el acusado se cuestionaba el hecho de ser mayor que ella. Asimismo, la relación sentimental era ocultada a los padres de la menor y tampoco la dueña de la pensión y tía de ésta, María Teresa Segovia Vásquez, tenía conocimiento de ella, enterándose porque su hija mayor le contó que los había visto besándose en un mall. María Teresa Segovia dice además «nunca en mi casa noté nada extraño entre ellos, o algo que me pareciera que había algo más, ella (la menor) iba de vez en cuando a mi casa.»

También se refiere el acusado a que la menor tiene bastante «busto» y sus partes íntimas «bastantes desarrolladas». Sin embargo, el informe de lesiones efectuado por el médico legista señala «genitales femeninos acordes con la edad», y, al inicio del informe se indica 13 años.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, de esta manera, desechado como ha quedado el error de prohibición inevitable, esta Corte ha logrado superar la

presunción de inocencia que ampara al imputado, permitiendo conducir a la convicción -más allá de toda duda razonable- que a éste le ha correspondido una participación culpable y penada por la ley, en calidad de autor del delito de violación, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, toda vez que ha tenido participación en el mismo de una manera inmediata y directa en la forma que describe el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

DÉCIMO TERCERO: Que, favorecen al encausado dos circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal, esto es, las contempladas en los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal, y no le perjudica agravante alguna, y teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 68 del mismo cuerpo legal, esto es, que la pena asignada al delito, es una que consta de dos o más grados, en este caso presidio mayor en cualquiera de sus grados, el tribunal se encuentra facultado para imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo señalado por la ley, de acuerdo al número y entidad de las circunstancias atenuantes que se han tenido por acreditadas.

DÉCIMO CUARTO: Que, teniendo en consideración la menor extensión del mal producido, lo que se desprende de las declaraciones de la menor y de una de las conclusiones a que llega el Informe Integrado de Peritaje Psicológico, en cuanto sostiene que la menor tenía sentimientos de soledad, abandono, buscando en el imputado José Ochoa, el apoyo y cariño que no recibía de su familia. Por su parte, la menor expresó que primero fueron amigos, ella le tenía confianza, él la escuchaba y le demostraba interés en un tiempo en que sus padres se estaban separando. Todo esto hay que relacionarlo con lo declarado por ella ante el psicólogo en que afirma que se sentía mejor con José que con su familia.

De acuerdo con lo expuesto, a las circunstancias atenuantes que se han tenido como concurrentes, según lo previsto en el artículo 68 del Código Penal, y particularmente lo dispuesto en el artículo 69 del mismo texto legal, estos sentenciadores, haciendo uso de la facultad que concede la primera de las normas mencionadas, rebajarán en tres grados la sanción corporal aplicable, imponiendo una pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, por estimar que dicha penalidad se ajusta de mejor manera a la justicia del caso concreto, teniendo como perímetro para ello, la extensión del mal producido en los términos que refiere el

artículo 69 del Código Penal.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6 y 9, 14, 15 N° 1, 18, 24, 25, 30, 50, 68, 69 y 362 del Código Penal; artículos 352, 358. 3eOI, 370, 406, 407 y 414 del Código Procesal Penal y artículo 1 de la ley 18.216, se declara:

Que se revoca la sentencia apelada de fecha 4 de octubre de 2005, que rola a fajas 69 y siguientes de estos antecedentes, dictada por el Juez de Garantía de Puerto Montt don Patricio Rondini Fernández-Dávila, que absolvió al imputado José Eduardo Ochoa Zambrano de la acusación que lo sindicaba como autor del delito de Violación, en grado de consumado, en la persona de la menor iniciales K.L.G.A., y en su lugar se declara:

I.- Que, se condena a **José Eduardo Ochoa Zambrano**, a la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, en calidad de autor del delito consumado de violación en la persona de la menor iniciales K.L.G.A., perpetrado en la ciudad de Puerto Montt durante el mes de agosto y septiembre del año 2004.

II.- Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1 inciso final de la ley 18.216, en la redacción que le diera la ley 19.617, tratándose de un delito previsto en el artículo 362 del Código Penal, no se concede al condenado ninguno de los beneficios contemplados en dicha ley, debiendo cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, la que se contará desde que se presente o sea habido.

Regístrese y devuélvase.

Redactada por la Ministro Suplente Ivonne Avendaño Gómez.

Pronunciada por el Ministro Titular don Hernán Crisosto Greisse, Ministro Suplente Sra. Ivonne Avendaño Gómez y el Abogado Integrante don René Schmidt Gebauer.

Se deja constancia que no firma la Ministro Suplente doña Ivonne Avendaño Gómez, pese a haber concurrido a la vista y acuerdo en esta causa, por haber finalizado su período de suplencia.

Rol N° 384-2006 R.P.P.

Comentario:

Son muy pocos los fallos dictados en materia de delitos sexuales, desde que entró en vigencia el nuevo sistema procesal penal, en donde se aborde el tema del error. En este caso particular, estamos frente a un pronunciamiento del Juzgado de Garantía de Puerto Montt respecto del error de prohibición, tribunal que, más allá del hecho de absolver al imputado fundándose en esa circunstancia, incurre en apreciaciones absolutamente discutibles a propósito del contenido de aquél en contraste con el error de tipo y, además, respecto de los elementos de hecho que esgrimió para fundarlo.

En primer lugar, llama la atención los comentarios que hace en el considerando séptimo respecto de los argumentos expresados en el Congreso Nacional a propósito de la tramitación de la Ley N° 19.927 en cuanto eleva el límite de edad del artículo 362 del Código Penal. Vemos a un tribunal de la República haciendo comentarios de política criminal en un fallo, los cuales, por lo demás, son absolutamente innecesarios para la resolución del fondo del asunto, ya que destacar la existencia de muchas voces partidarias de no modificar dicho límite de edad, siendo la decisión final contraria a dicho planteamiento, no puede significar un recurso hermenéutico a la hora de determinar el sentido y alcance de un tipo penal tan objetivo y en el que la intención del legislador es clara. Lo contrario implicaría, por un lado, pretender derogar tácitamente la norma recurriendo a los argumentos desechados en definitiva por el legislador, no obstante éstos sean válidos y atendibles, y por otro, realizar una labor que al juez no le compete y que es comentar la conveniencia o inconveniencia de una decisión legislativa. Sólo debe interpretar el producto de dicha decisión y no indagar en su génesis.

Entiendo, sin embargo, que esta sistematización de comentarios en contra de la modificación tiene como objetivo último absolver al imputado de la acusación por violación de menor presentada por el Ministerio Público. Pero sabemos que para ello no bastan apostillas de política criminal, por lo que el tribunal recurre al error de prohibición para sustentar argumentativamente dicha absolución, empresa que, a mi juicio, tampoco tiene un corolario feliz. En efecto, en su considerando octavo, el fallo parte reseñando los comentarios de la doctrina nacional a propósito del tema, la cual es clara en hacer la distinción entre el error de tipo, excluyente del dolo y, consecuentemente, de la tipicidad, y el error de prohibición, que implica un desconocimiento del individuo respecto de la antijuridicidad de su conducta, lo cual lleva a excluir la culpabilidad. Seguidamente, en ese mismo considerando, no obstante haber asentado la doctrina atinente al tema, el tribunal muestra cierta confusión conceptual al ejemplificar cada una de estas formas de error al señalar que “se presentaría un error de tipo si el sujeto mantiene relaciones sexuales con una menor de 13 años en la creencia que aún se encuentra vigente el límite de 12 años que establecía anteriormente la legislación para que la mujer prestare válidamente su consentimiento al acto sexual”, ejemplo que da cuenta claramente de un error de prohibición, puesto que recae sobre la ilicitud de mantener relaciones sexuales con personas de 13 años en ese momento determinado, no recayendo el error sobre elemento típico alguno. Esta confusión conceptual se va a ver refrendada al momento de señalar los antecedentes de la investigación que servirían para fundar la presencia de un error de prohibición, siendo uno de ellos el hecho de haber entablado “una relación sentimental con una menor que tiene un desarrollo intelectual normal promedio, en su límite superior, y que había tenido actividad sexual anteriormente” concluyendo que “es perfectamente razonable que se representara que se trataba de una menor de 16 o 17 años”.

Una vez que establece difusamente los límites conceptuales del error de prohibición, el tribunal se aboca a la tarea de buscar los elementos fácticos aportados por la investigación para fundar su concurrencia en este caso. Pero nuevamente se equivoca, puesto que aquellos elementos, señalados en el considerando noveno del fallo, dan cuenta objetivamente de una persona con características normales, con estudios medios completos y técnicos inconclusos, con un oficio que requiere aprobar exámenes teóricos y prácticos, o sea, en definitiva, una persona que tiene una preparación por sobre la media, respecto de la cual el tribunal excluye la posibilidad que se hubiera representado el hecho de que tener relaciones con menores de edad es una conducta reprobada por el Derecho, incluso justificándolo en orden a que “su oficio no está referido al ámbito legal”. Olvida el tribunal el criterio asentado hace bastante tiempo por Mezger en relación al nivel de conocimiento de lo injusto que se requiere para la configuración de la culpabilidad, asentando la fórmula

“valoración paralela en la esfera del profano”, que implica, por parte del individuo, una apreciación del carácter contrario al ordenamiento jurídico de su conducta, aunque no esté en condiciones de encuadrarla técnicamente en la norma correspondiente. El tribunal, en cambio, establece prácticamente que la ignorancia del tipo penal concreto por parte de una persona que no tenga conocimientos superiores en derecho, significaría un error de prohibición excusable susceptible de servir de base para una absolución a ese título, lo cual no se condice con lo señalado por la doctrina más autorizada, ni implica una solución de justicia a la luz del bien jurídico que pretende proteger el tipo penal del artículo 362.

Haciéndose cargo de algunos de los argumentos señalados, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, apelación mediante, revocó el fallo condenando al imputado a una pena menor, no obstante su cumplimiento efectivo conforme lo preceptuado en el inciso final del artículo 1° de la Ley 18.216. Lo relevante de la decisión de la Corte es el encause correcto que da a las distinciones de error de tipo y error de prohibición, introduciendo el criterio de la valoración paralela y asentando adecuadamente los hechos en función del concepto “error de prohibición invencible”, cuyos límites habían sido extendidos de manera amplísima y difusa por parte del tribunal a quo.

Esta decisión jurisprudencial, en fin, nos enseña que la problemática introducida por el aumento en la edad para consentir válidamente una relación sexual puede ser el origen de soluciones que, si bien pretenden asentarse en una noción de justicia material, nos pueden llevar a interpretaciones y calificaciones totalmente distanciadas de los principios y reglas que entregan tanto el propio ordenamiento jurídico como la doctrina. Esta situación, sumado a argumentos materiales, hacen necesaria la modificación de la norma, la cual por supuesto debe hacerse por los canales constitucionales y no caso a caso a través de una jurisprudencia equívoca.



III Artículos

MINISTERIO PÚBLICO Y CONTIENDA DE COMPETENCIA: SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de Chile

Universidad de Valparaíso

La Corte Suprema ha emitido, recientemente,⁽¹¹⁾ dos resoluciones referidas a controversias suscitadas entre órganos del Estado que discutían la amplitud de sus respectivas atribuciones: en la primera de ellas, tras explicar que “esta cuestión se ha entendido suscitada entre el Segundo Juzgado Militar de Santiago y el Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Ovalle, en razón de estimar el primero que el delito eventualmente cometido por los imputados sería el ...y por consiguiente correspondería conocer de él a la justicia ordinaria...en tanto el segundo considera que el delito de que se trata es...por lo cual la competencia para conocer correspondería a los tribunales Militares...” afirma que “las contiendas de competencia se traban entre tribunales y no entre uno de éstos y el Ministerio Público. La única situación en que puede darse un conflicto de esta última índole –agrega la Corte– es aquella a la que se refiere el inc. 2 del art 8 transitorio de la ley 19.665, en la cual la contienda se traba entre un juez del crimen o de letras con competencia criminal perteneciente al antiguo sistema y el Ministerio Público, sobre la competencia para investigar un determinado hecho punible, lo cual es lógico puesto que, como en el sistema anterior, todavía vigente para conocer de los hechos ocurridos antes de entrar en vigencia de la reforma procesal penal, los jueces con competencia en lo penal tenían la facultad de investigar, la cual ahora se reserva exclusivamente al Ministerio Público, ello genera una zona de fricciones que puede ser necesario dirimir. En cualquier otra situación en cambio, la contienda solo puede ocurrir entre órganos jurisdiccionales y no entre éstos y el encargado de la investigación...”

Que en atención a lo expuesto, ha de concluirse que en este caso, contra el criterio de la señora Fiscal Judicial, no se ha trabado contienda de competencia alguna ya que la Fiscalía local de Ovalle no estaba facultada para pronunciarse sobre la cuestión discutida debiendo haberlo hecho en cambio, el Juez de garantía de esa ciudad.”

En la segunda, al dirimir una contienda entre el Juez de Garantía de Cauquenes y un Tribunal militar, la Corte impidió que el fiscal del Ministerio Público alegara la causa, sosteniendo que lo hacía “por carecer de interés en la contienda trabada”, decisión adoptada con la disidencia del Ministro señor Rodríguez Espoz quien sostuvo que el Ministerio Público tiene claro interés en la contienda atendido que el art 77 del CPP le impone expresamente la obligación de practicar todas las diligencias que fueran conducentes al éxito de la investigación” de donde surge ese interés desde el momento que también estima carecer de facultades para desarrollar esta instrucción corroborada además, con su calidad de parte en el juicio penal...”

Los fallos cuyas decisiones relevantes se han transcrito, plantean cuestiones perfectamente identificables y toman frente a las mismas, partido contundente, como paso a exponer:

1) ¿ Puede haber “contienda de competencia” entre el Fiscal del Ministerio Público y un Tribunal con competencia penal? ¿este tribunal debe ser sólo un tribunal ordinario o puede ser también un tribunal especial?

11 Me refiero a la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2005 en los autos rol 4266-05 – contienda de competencia entre el Segundo Juzgado Militar de Santiago y el Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Ovalle y a la pronunciada, el 21 de ese mismo mes, en los autos rol 5127-05, a propósito de una controversia de competencia entre el Tercer Juzgado Militar de Valdivia y el Juzgado de Garantía de Cauquenes.

1.1) La “competencia” de las contiendas, ¿es la definida en el art. 108 del COT?: El sentido constitucional de la expresión “competencia”

Como sabemos, la contienda de competencia es, en los términos tradicionales, una controversia que en torno a sus atribuciones para conocer o intervenir en un determinado asunto, tienen dos tribunales que se creen, simultáneamente, llamados por ley para conocer o intervenir en el asunto o que, a la inversa, estiman corresponder tal conocimiento o deber de intervenir al otro que afirma, exactamente, lo contrario.

Me parece indispensable formular una precisión temprana: cuando en el Derecho chileno, hablamos de “contiendas de competencias” no necesariamente, estamos aludiendo al concepto comprendido en el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales, porque aunque evidente, es útil convenir en que la competencia para desarrollar sus funciones, de un órgano del Estado, como el Servicio de Impuestos Internos, la Contraloría General de la República o el Servicio Agrícola y Ganadero no guarda relación con la idea de jurisdicción ni, en consecuencia, puede representar –tal conjunto de atribuciones– un límite a la misma jurisdicción, cuyo es, en definitiva, el sentido del concepto expuesto en el citado artículo 108.

La competencia aludida en el artículo 108 mencionado es pues, no más que la propia de los órganos jurisdiccionales, cuya principal actividad –la jurisdicción– viene a limitar.

Aunque el sentido natural y obvio de la expresión, al decir de las primeras acepciones del Diccionario de la Real Academia, apunta a otorgar al vocablo “competencia” el significado de “disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa”, entre nosotros, es preciso agregar a éste, siempre presente, **otros dos significados** o acepciones: a) el previsto en el artículo 108 tantas veces mencionado y que representa un límite interno de la jurisdicción y b) el que le confiere la Constitución Política de la República, según se desprende de su artículo 7º, como **“autoridad o derecho otorgados por las normas jurídicas, para ejercer funciones o desarrollar actividades”**¹²

Para exponerlo en términos claros y diferentes: es, efectivamente posible, la existencia de “contiendas de competencia” entre órganos estatales como un tribunal ordinario, para quien la competencia tiene el sentido y alcance definido en el artículo 108 nombrado y otro, como el SAG, para el cual su competencia no constituye sino el conjunto de posibilidades de actuación, previsto en las normas jurídicas, tanto facultativas como imperativas, que el ordenamiento jurídico le reconoce.

No sorprende, entonces, que Constituyente (artículo 53 N° 3 y artículo 93 N° 12 de la Carta) y legislador (artículo 19 inc. final del C. O. de Tribunales) denominen, “contienda de competencia” a la controversia suscitada entre un órgano que, por ejercer jurisdicción, constituye un tribunal y otro que no la ejerce y que, en consecuencia, definitivamente, no es un tribunal, puesto que si bien, en sentido técnico estricto, una competencia –la del 108 del C.O.T– es privativa de los órganos que ejercen jurisdicción o tribunales, todo órgano público tiene un marco jurídico que determina sus posibilidades de actuación y que le faculta o le impone el desarrollar su actividad. A este marco, tanto el artículo 7 de la Constitución como el artículo 2 de la Ley 18.5757 –Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado– le denominan **“competencia”** idea que la norma legal precisa, además, como **“atribuciones expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico”**.

12 El razonamiento es simple: la Constitución proclama, categóricamente (art. 7 inc.1º), que la actuación de que los órganos del Estado –por supuesto, incluyendo a los que no ejercen jurisdicción– para ser válida, debe verificarse “dentro de su competencia”, lo que denota que éste, el de **la competencia, es un atributo de todos ellos**. A continuación, (art.7 N° 2) descarta la posibilidad de que alguna persona pueda atribuirse otra “autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por la Constitución o las leyes”, de donde se desprende, claramente, que la única actividad que se puede desarrollar con validez en el Ordenamiento, es aquella que se verifica con arreglo a la autoridad o derechos que las normas jurídicas hubieren conferido al agente.

Este análisis, me parece, excluye del Derecho nacional, los llamados “conflictos de jurisdicción”, referidos a los que se promueven entre quienes ejercen y quienes no ejercen jurisdicción.

La regla de oro del derecho público en orden a que en éste, es sólo posible al sujeto verificar aquello que la ley expresamente le permite, no constituye sino un marco de competencia habilitante, en el sentido definido.

En mérito de lo anterior, debe matizarse la rotunda afirmación del fallo supremo, en orden a que *“las contiendas de competencia se traban entre tribunales y no entre uno de éstos y el Ministerio Público”*: si, todavía, sin entrar en mayores delimitaciones, se conviene –como nadie discute– en que el Ministerio Público no constituye un tribunal, no sorprende pensar que pueda existir contienda de competencia entre él y un tribunal, como no sorprendería que la hubiera entre el SAG y un tribunal...⁽¹³⁾

Me parece que esta decisión suprema descansa en un análisis parcial de las situaciones posibles: es efectivo que, en principio, no se divisa cómo, si la función del Ministerio Público es investigar y ejercer la acción penal pública, podría él entrar en discusión acerca de su competencia con un tribunal, al que le están encomendadas funciones tan diversas: se explica de este modo que la Corte traiga en apoyo de su decisión, la norma del artículo 8º transitorio de la ley 19.665 – que determina la forma en que se resuelven las cuestiones suscitadas cuando un tribunal con competencia penal del viejo sistema y un fiscal del Ministerio Público se creen llamados a investigar un mismo suceso, o cuando ambos coinciden en que es el otro el que debe hacerlo, olvidando que el actual inciso final del artículo 83 (el viejo 80-A), sostiene que *“el ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen.”*

La relevancia de esta norma viene justificada porque ella establece la coexistencia simultánea de dos sistemas de investigación y sanción de delitos penales: el del sistema ordinario civil y el de la justicia militar, circunstancia que, desde luego, anticipa la futura y cierta posibilidad de controversias referidas a temas que ambos sistemas de investigación penal se sentirán llamados a esclarecer o respecto de los cuales ambos estimarán que compete al otro esclarecerlo...de tal modo que la afirmación de la Corte, en orden a que *“la única situación”* en que puede darse lugar a una contienda de competencia, consistiría en que un fiscal del Ministerio Público y un juez del viejo sistema penal, discutan acerca de quien investiga o no investiga un hecho que presente caracteres de delito, es apresurada.

La cuestión es relevante porque la misma Corte ha aceptado que entre un juez del viejo sistema y un fiscal del Ministerio Público, EFECTIVAMENTE, puede generarse una contienda de competencia: así lo ha resuelto ella, teniendo a la vista –como lo indica en su resolución– el inciso 2º del art 8º transitorio de la ley 19.665⁽¹⁴⁾, que

13 En abrumador desmentido a la declaración de la Corte, proliferan hoy, las contiendas de competencia entre tribunales de familia y fiscales, jueces de policía local y fiscales, etc., y, como si se necesitare acreditarlo, están pendientes para ser dirimidas, en esa propia Corte, las siguientes contiendas de competencia: rol 6246-05 fiscal de Rengo y Juez de Policía Local de la misma Comuna; rol 6342-05 fiscal de Coquimbo y Tribunal de Familia de la misma Comuna; 6343-05, fiscal de La Serena y Tribunal de Familia de La Serena; 6344-05 fiscal de Coquimbo y Tribunal de Familia de esa Comuna; 6520-05 fiscal de Coquimbo y Tribunal de Familia de La Serena; estas contiendas, continuarán tramitándose ante dicha Corte, con arreglo lo señalado en la disposición transitoria 44 de la ley 20.050 que dispone que *“Las contiendas de competencia actualmente trabadas ante la Corte Suprema y las que lo sean hasta la entrada en vigor de las modificaciones al Capítulo VII, (de la Constitución) continuarán radicadas en dicho órgano hasta su total tramitación.”* El plazo corre hasta el 26 de febrero próximo.

14 Este art. 8º transitorio fue incorporado a la Ley 19.665, por el Art. 2º N° 3 b) de la Ley 19708, publicada en el D.O. de 05.01.2001 y su texto es:

Artículo 8º.- Las contiendas de competencia que se suscitaren entre un juez del crimen o de letras con competencia criminal y un juez de garantía o un tribunal de juicio oral en lo penal, serán resueltas por la Corte de Apelaciones que tuviere competencia sobre el respectivo territorio jurisdiccional.

Corresponderá, asimismo, a la Corte de Apelaciones competente respecto del territorio de un tribunal con competencia en lo penal, dirimir las cuestiones que se planteen entre éste y el Ministerio Público sobre la competencia para investigar un determinado hecho punible.

Si no pudieren aplicarse las reglas precedentes, resolverá la Corte Suprema.

dispone que “Corresponderá, asimismo, a la Corte de Apelaciones competente respecto del territorio de un tribunal con competencia en lo penal, dirimir las cuestiones que se planteen entre éste y el Ministerio Público sobre la competencia para investigar un determinado hecho punible.”

Todavía más, la misma Corte, en fallo de 21 de octubre de 2004 dictada en la causa rol 1981-04, ha dirimido una contienda de competencia entre el Segundo Juzgado de Policía Local de Rancagua y la Fiscalía Local de esa ciudad, lo que torna más incomprensible la afirmación que se viene analizando, en el sentido que no puede existir contienda de competencia entre fiscales y jueces sino con arreglo a lo prevenido en el art. 8 transitorio de la ley 19.665.

De este modo, a la interrogante propuesta debe contestarse afirmativamente, esto es, conforme a la propia ley, el Ministerio Público es un sujeto jurídicamente apto, en nuestro Ordenamiento, para protagonizar contiendas de competencia con los jueces del viejo sistema penal y con los jueces o tribunales⁽¹⁵⁾ que hoy investigan delitos, al amparo de una excepción constitucional.

1.2) *¿Quién resuelve las contiendas de competencia en las que interviene el Ministerio Público?*

Para determinar la autoridad encargada de dirimir las contiendas de competencia, en general, el sistema jurídico nacional atiende a los sujetos involucrados, de modo tal que hay respuestas diferentes para las eventuales siguientes hipótesis de conflicto:

- a) Si él se suscita entre tribunales ordinarios,
- b) O entre tribunales especiales o entre éstos y los ordinarios, dependientes de una misma o de diferente Corte de Apelaciones;
- c) O entre tribunales inferiores y autoridades político o administrativas y
- d) O, finalmente, entre Tribunales Superiores de Justicia y tales autoridades.

Según resulta de normas muy conocidas, en el primer caso, toca decidir al superior común de los que están en conflicto (art. 190 inc. 1º Código Orgánico de Tribunales) si fueren de igual jerarquía y al superior del de más alta jerarquía, si la tuvieren diferente (art. 190 inc. 2º). Si los superiores fueren de idéntica jerarquía, resolverá el superior del que hubiere prevenido en el conocimiento del asunto (art. 190 inc. 3º).

La controversia entre tribunales especiales o entre éstos y los tribunales ordinarios, que dependan de una misma Corte de Apelaciones, será resuelta por ésta y si dependen de Cortes de Apelaciones diferentes, por la que sea superior del que hubiere prevenido en el conocimiento del asunto;(art. 190 inc. 2º)

Por último, de acuerdo a lo prevenido en el inciso final del artículo 191 del Código Orgánico de Tribunales, resolverá la Corte Suprema, cuando el conflicto se haya suscitado entre Tribunales de Justicia y autoridades políticas o administrativas y no competa al Senado la solución, fórmula ésta que revela que, en atención a que al Senado se someten los conflictos que involucren a Tribunales Superiores de Justicia, (art. 53 Nº de la Constitución Política) resolverá la Corte Suprema, si el tribunal era inferior.⁽¹⁶⁾

Con todo, cuando el Ministerio Público entre en contienda con un juez del viejo sistema penal, resolverá la Corte de Apelaciones respectiva (art 8º transitorio, inc.2º ley 19.665)

De esta forma, se pone de manifiesto que el legislador buscó una solución especial, para la solución de las contiendas de competencia entre fiscales y jueces del viejo régimen: confiar la decisión a la respectiva Corte de Apelaciones mas, si no se hubiere consagrado este camino, ¿habría significado que el Ordenamiento jurídico chileno, no tenía solución para el conflicto?

15 El artículo 13 del Código de Justicia Militar dispone que “en tiempos de paz, la jurisdicción militar será ejercida por los Juzgados Institucionales, **los Fiscales**, las Cortes Marciales y la Corte Suprema.”

16 A partir de la reforma constitucional última, la materia se confía al Tribunal Constitucional, desde el próximo 26 de febrero de 2006.

La respuesta me parece tan evidente que, a riesgo de algún grado de arbitrariedad, he de expresar que no acierto a pensar que existan partidarios de una suerte de vacío legal o constitucional en la materia: en efecto, la cuestión está resuelta, con texto expreso, en el mismo artículo 191 del Código Orgánico de Tribunales, tantas veces citado, que dispone, en su inciso final que las contiendas entre *“autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia que no correspondan al Senado, serán resueltas por la Corte Suprema”* pero la ley –en aras de la celeridad y especialidad que demanda la vigencia de un sistema procesal penal moderno– optó por generar una situación de excepción y prefirió otorgar a las Cortes de Apelaciones, las pugnas de competencia entre Tribunales de Justicia –los jueces del viejo sistema– y los fiscales.

De todos modos, nunca será infructuoso recordar que para algunas importantes opiniones, *“el derecho es hermético y plenamente hermético porque existen jueces; éstos integran necesariamente el orden jurídico...tienen el cometido de colmar o llenar las supuestas lagunas...”*⁽¹⁷⁾ o como lo afirmaba bellamente Couture, *“el silencio del legislador, dentro de la idea de plenitud del orden jurídico, es un silencio lleno de voces...”*⁽¹⁸⁾

Como se quiera, es evidente que, que la regla del art.8º transitorio, inc. 2º de la ley 19.665, es especial y, en cambio, para las situaciones que ella no comprende, opera la vieja norma general del inciso postrero del artículo 191.

¿Cómo argumentar, para excluir la vigencia del citado inciso final del art 191 del COT, esto es, para seguir la opinión de la Corte Suprema en orden a que ella no es la llamada a dirimir la contienda de competencia entre el fiscal de Ministerio Público y un tribunal militar o un tribunal de familia o de policía local?

La única manera de llegar al convencimiento de que la norma no sería aplicable cuando se tratare de una contienda de competencia entre un fiscal militar o un Juzgado Militar, o un juez de policía local o un tribunal de familia y un fiscal del Ministerio Público, sería pretender que el Ministerio Público no constituye “autoridad” o si lo constituye, que ella no fuera “administrativa”, en los términos contemplados en la ley procesal, posibilidad que cabe destacar de inmediato, frente a la obvia comprobación de su total improcedencia:

A fin de convenir en que el Ministerio Público si constituye una “autoridad administrativa” en el Ordenamiento nacional, basta tener en cuenta los siguientes antecedentes:

¿EL MINISTERIO PÚBLICO ES UNA “AUTORIDAD”?⁽¹⁹⁾

Para confirmar la condición de “autoridad” del Ministerio Público,⁽²⁰⁾ deben tenerse presente, entre otros, los siguientes antecedentes;

- a) Desde luego, que su incorporación al Ordenamiento jurídico nacional se verifica a través de la normativa de la mayor jerarquía, la constitucional, circunstancia que ya anticipa el rol que se pretende establecer;
- b) La Constitución, además, le ha creado dotado de autonomía, vale decir, con un estatuto que le deja al margen de la supervigilancia o dependencia de los poderes y órganos del Estado.
- c) Se le reconoce la atribución de “impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad”, a las que se le prohíbe calificar el fundamento, oportunidad, justicia o legalidad del mandamiento.
- d) Su organización y atribuciones quedan confiadas a una Ley Orgánica Constitucional;

17 Cfr Carlos Cossio “La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley” Bs Aires. 1939 pág 72 y sgtes.

18 Cfr Eduardo J Couture “Estudios de Derecho Procesal Civil” t III Edic Depalma (3ª edic) 1979 Bs Aires. pág 16.

19 La palabra está tomada en la acepción de “persona revestida de algún poder, mando o magistratura”, conforme la define el Diccionario de la R.A.E de la Lengua.

20 Cfr: en el mismo sentido, el Informe en Derecho de don Alejandro Silva B “Desacato a los Fiscales del Ministerio Público” en “Ministerio Público, Informes en Derecho” 2005. pág.19.y sgts.

- e) Al Fiscal Nacional se le nombra con intervención de los tres Poderes Públicos tradicionales;
- f) La remoción del Fiscal Nacional y la de los Fiscales Regionales sólo la puede decretar la Corte Suprema a requerimiento del Presidente de la República o de 10 Diputados, por
- g) Su privación de libertad en materias penales, se somete al mismo régimen que la de los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales judiciales y los jueces letrados que integran el Poder Judicial.

Si la autoridad es el atributo o condición que permite predicar que una persona está “revestida de...mando” nadie puede olvidar que el artículo 83 inc. 3º del Estatuto Político señala que *el Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad*, lo que constituye un reconocimiento constitucional a tal denegada condición de autoridad.

No obstante, en mi concepto, la gran demostración, la confiere el artículo 5º de la Carta Política, que determina que “la soberanía se ejerce...por el pueblo...y también por las **autoridades** que esta Constitución establece”. Es que la actividad encomendada al Ministerio Público – dirigir la investigación de los hechos que revisten caracteres delictuales, acusar, si procede, resolver, en ocasiones, la vigencia de las terminaciones tempranas, etc., - constituyen tan obvias manifestaciones de soberanía, que no resulta necesario argumentar al efecto.

LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

Desde la vieja Constitución Política de 1833,⁽²¹⁾ se ha empleado la expresión “autoridad administrativa” en las normas que regulan las contiendas de competencia y la mera lectura del antiguo precepto, reproducido, en lo medular, en las Constituciones de 1925 y de 1980, demuestra que la noción “administrativa” es una calificación que persigue excluir la idea de lo judicial.

Constituiría un error, en consecuencia, ir a buscar la respuesta en la ley 18.575 –Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado– cuyo artículo 1º inc. 2º, declara que integran la Administración del Estado, los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

En la normativa constitucional y legal chilena, ha sido tradicional y constituye una práctica, aún en vigencia, la de usar determinados adjetivos que tienen una connotación o significado estricto y reducido, para comprender –por contraste– materias que no quedan comprendidas en uno antagónico. Un ejemplo más que elocuente, al efecto, lo constituye el adjetivo calificativo “civil” cuyo empleo en la forma plural de “civiles” permite a la Carta –que lo contrapone a “criminales” en el artículo 76– incorporar a las causas comerciales, laborales, de menores, tributarias, etc.

En sentido literal, las causas civiles no son las comerciales tampoco las laborales, las de menores ni, menos aún, las tributarias, pero nadie duda que lo que el Constituyente quiso contraponer a causas criminales, fueron las causas que no tenían este carácter y le pareció que la expresión “civiles” resultaba omnicomprensiva. Nadie puede dudar que también acontece lo propio con el vocablo “administrativa” que, insisto, sólo apunta a una actividad estatal ejercida por persona u órgano con potestades públicas **no jurisdiccionales**.

21 En la Constitución de 1823 se encomendaba a la Corte Suprema conocer “en las competencias” **entre Tribunales Superiores de Justicia** (art N° 9), en el art 96 N° 1 de la de 1828, se leía que son atribuciones de la Corte Suprema, “conocer y juzgar de las competencias **entre tribunales**” y, en lo que interesa, es sólo en el art. 104 de la Carta de 1833 que se sostiene que corresponde al Consejo de Estado, conocer y juzgar en las competencias **entre las autoridades administrativas y en las que ocurrieren entre éstas y los tribunales de justicia**”.

LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: EL SENTIDO DEL VOCABLO

Elocuente demostración del sentido de la expresión administrativa que propicio, es el empleo que de la misma se efectúa a propósito del debate en torno a la naturaleza de la denominada “jurisdicción voluntaria”: así Chiovenda sostiene que aunque una gran parte de los actos de jurisdicción voluntaria son confiados al juez, ello no quita que tales actos sean **de simple administración...**”(22) opinión seguida por Calamandrei para quien (el ejercicio de la jurisdicción voluntaria) es una “función **sustancialmente administrativa** (pero) subjetivamente ejercida por órganos judiciales de allí que, como recuerda Pereira,(23) él afirme que esa jurisdicción “entra en **la rama más vasta de la función administrativa** que se suele llamar administración pública del derecho privado...”

Es, finalmente, útil, detenerse en el pensamiento de Allorio, porque éste precisa el sentido específico que propugno en estas líneas: afirma Enrico Allorio(24) que (la jurisdicción voluntaria) “**es actividad administrativa, esto es, desprovista de cosa juzgada...**”!

La terminología del Derecho ha cambiado sustancialmente: el Constituyente del lejano 1833, no conocía la expresión “órganos públicos” u “órganos del Estado” que emplea del artículo 7 de la Carta Política actual. A la inversa, la pervivencia del concepto autoridad administrativa, en los tiempos actuales, con arreglo a lo que podríamos denominar el uso corriente o cotidiano en el Derecho, apunta, precisamente a quienes, ejerciendo funciones públicas con poder o mando, emiten decisiones no amparadas por la cosa juzgada. Así lo entiende entre nosotros, Francisco Hoyos, quien para contrastar, sostiene que (los actos de la jurisdicción) “son inmutables”, para agregar que “los actos administrativos en cambio son esencialmente mutables y pueden dejarse sin efecto por otros de la misma especie...”(25)

Autoridad administrativa en su sentido jurídico-lato, no es autoridad que integra la Administración del Estado, en la acepción reducida de la Ley 18.575, sino **órgano o persona pública, dotada de mando o poder, que cuenta con atribuciones constitucional y legalmente otorgadas, para emitir decisiones que no gozan de la inmutabilidad de la cosa juzgada.**

Entre éstas figura, sin dudas el Ministerio Público.

HISTORIA Y CONTRASTE

El tema de la intervención que a la Corte Suprema cabe, para determinar el órgano que debe avocarse al conocimiento de materias en disputa tiene próximos antecedentes constitucionales anteriores a la Carta de 1833. De este modo, en la de 1828 se afirmaba, bajo el epígrafe de “atribuciones de la Corte Suprema” que a ésta tocaba, “conocer y juzgar las *competencia entre los tribunales*” (art 96 N° 1). En la de Diciembre de 1823, se le encomendaba (conocer) “en las *competencias entre tribunales superiores*”(art 146 N° 9), de manera que la referencia en la Constitución de 1833 a “autoridades administrativas” parece evidente que **persigue resolver problemas suscitados, simplemente entre órganos jurisdiccionales y los que no lo son**, cuestión que se expuso con la terminología jurídica de la época.

2.2 LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE GARANTÍA.

Tras descartar la posibilidad de que pueda generarse una contienda de competencia entre un Tribunal especial y un fiscal del Ministerio Público, la Corte, que no puede soslayar el hecho real y categórico de

22 G. Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol. 1, pág. 191.

23 Cfr. Hugo Pereira A., Curso de Derecho Procesal, t. I. Edit. Jurídica ConoSur. Stgo., 1993, pág. 143.

24 Cfr. Enrico Allorio, “Problemas de Derecho Procesal”, t. II, pág. 30.

25 Cfr. “Temas Fundamentales de Derecho Procesal”, Edit. Jurídica de Chile, 1987, pág. 188.

haberse provocado esta discrepancia en la situación resuelta por su sentencia de 12 de diciembre de 2005, mencionada a los inicios, concluye sosteniendo, (que)

“...no se ha trabado contienda de competencia alguna ya que la Fiscalía local de Ovalle no estaba facultada para pronunciarse sobre la cuestión discutida debiendo haberlo hecho en cambio, el Juez de garantía de esa ciudad...”

Como se advierte, la cuestión es singular porque la Corte parece derivar, al juez de garantía, la tarea de oponerse al intento de la Justicia Militar de investigar un hecho de carácter delictual que, en opinión del Ministerio Público, le compete constitucionalmente a él: así pareciera desprenderse de la decisión suprema, en el sentido de que el juez de garantía debería ser el que promoverá la contienda de competencia, lo que, me parece, es conceptual, lógica y jurídicamente equivocado. En efecto, el juez de garantía ejerce su competencia sobre las investigaciones que verifica el Ministerio Público, lo que importa exigir un supuesto previo a su intervención, esto es, que dicho Ministerio acepte que los hechos de que se trata son de aquellos cuya investigación le corresponde privativamente dirigir. Significo, de esta manera, que la autonomía constitucional de que está dotado ese Ministerio impide que el juez de garantía le prohíba investigar un hecho o, a la inversa que le pueda ordenar, privativamente, su investigación. ⁽²⁶⁾

Así, no se divisa cómo el juez de garantía podría asumir el rol de defensor o de asignador forzoso de la competencia investigadora del Ministerio Público frente a jueces de policía local o jueces militares, todavía, dada su ubicación jerárquica, desde que no siendo tribunal superior, carece de toda atribución para emitir decisiones vinculantes respecto de otros tribunales.

La controversia competencial, por lo demás, se reduce a determinar qué órgano INVESTIGA y no qué órgano JUZGA, recuerdo suficiente para descartar de plano al juez de garantía de los ámbitos de la discusión.

Tampoco resulta posible encontrar una norma jurídica que pudiese conferir semejante atribución a ese juez, lo que constituye, finalmente, la definitiva comprobación de que le resulta vedado incursionar en el terreno de la determinación de la (in) competencia del fiscal.

II.) ¿TIENE INTERÉS JURÍDICO-PROCESAL EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ACERTADA DECISIÓN DE LAS CONTIENDAS DE COMPETENCIA PENALES?

Una reciente sentencia de la E. Corte Suprema ha sostenido,⁽²⁷⁾ como fundamento de su negativa a permitir que el fiscal del Ministerio Público alegara en una causa llamada a dirimir una contienda de competencia entre un Juzgado de Garantía y un Tribunal Militar, que tal Ministerio “carece de interés en la contienda”, conclusión de la que me hago cargo a continuación, sentando como punto de la partida, el hecho pacífico e incuestionado, que las partes en los procesos tienen interés en la decisión de las contiendas de competencia y son aceptadas a formular sus alegaciones orales.

El tema conduce, otra vez, a la determinación de la precisa naturaleza jurídica y rol del Ministerio Público en la investigación y en el juzgamiento de los delitos penales.

26 “En la Comisión de Constitución, Legislación, y Justicia de la Cámara de Diputados, se recordó que la autonomía que se asigna al Ministerio Público le permitirá dirigirse a sí mismos sin intervención de terceros...La autonomía, se precisó, está referida a los poderes del Estado. Por esta razón y porque no cumple un cometido jurisdiccional, el Ministerio Público queda excluido del control de la Corte Suprema...” Cfr: Diario Oficial, Constitución Política de la República de Chile Leyes Anotadas y Concordadas. Edición Especial. M Verdugo. N Blanc. E Pfeffer y B Pinto. Marzo de 1999.pág. 76.

27 Cfr. Nota 1.

A este respecto debe tenerse presente que, con arreglo a artículo 83 de la Constitución Política de la República, corresponde al Ministerio Público “*ejercer la acción penal pública*”, redacción introducida por la Comisión de Constitución del Senado, reemplazando la del Proyecto del Ejecutivo que disponía que al Ministerio Público correspondería “*la formulación y sustentación de la acusación penal ante los tribunales*” que, sin embargo, se conserva en el artículo 77 del Código Procesal Penal con mayor exactitud, como se verá.

La cuestión impone recordar viejos conceptos procesales a partir de los cuales se estructuró la dogmática procesal contemporánea: “...*tiene también el Estado –escribe Devis Echandía– el poder y el derecho de someter a su jurisdicción a quienes aparezcan como posibles autores, cómplices o encubridores de ilícitos penales...*”

En materia civil, laboral y contencioso-administrativo –continúa– esa petición es necesaria para que el Estado ponga en funcionamiento la jurisdicción; de ahí, el clásico principio nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio.

En materia penal –concluye– rige igual concepto y principio, en los sistemas de tipo acusatorio que exigen el ejercicio de la acción por el Ministerio Público o por el perjudicado con el delito...⁽²⁸⁾

Si la acción es el poder jurídico para provocar la actividad jurisdiccional estatal, ella debe complementarse con la idea de la pretensión porque, en definitiva, lo que se requiere del órgano jurisdiccional es –según la conocida nomenclatura constitucional española– tutela judicial efectiva respecto de una solicitud o Derecho que se invoca o cuya protección se demanda y, que en el caso penal, apunta a la exigencia social y constitucional de preservar los bienes jurídicos amparados por el Derecho Penal, mediante la condena, si procede, de quienes los hayan afectado.

Es pues la pretensión, no otra cosa, que el contenido de la acción, lo que, otra vez en la óptica penal, nos conduce a la denominada pretensión punitiva estatal, cuyo es, entonces, el contenido de la acción que el artículo 83 de la Constitución impone al Ministerio Público ejercer.

El ejercicio de la acción, desde luego, no se agota en la simple circunstancia de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional los hechos, los protagonistas y lo que del órgano se solicita: por el contrario, comprende la actividad necesaria para que la decisión jurisdiccional satisfaga el interés que autorizó el que la acción se dedujera.⁽²⁹⁾ Para exponerlo en términos forenses, quien tiene el derecho reconocido por ley, de ejercer una acción judicial, se entiende premunido de la facultad de realizar todas las actuaciones que las normas de procedimiento contemplan, para la sustanciación de esa acción.

El Código Procesal Penal dispone, acorde con lo anterior, que “*los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley*”(art.77)

De lo que vengo afirmando debe colegirse que el respaldo y el deber constitucional y legal para los fiscales del Ministerio Público importa –según adelanté– no sólo dar la noticia criminis a la justicia, tampoco, meramente, dirigir la investigación, procediendo con idéntico celo en cuanto apunte a establecer la responsabilidad penal del imputado como a desvanecerla sino, además, **y casi de suyo, a realizar todas las actuaciones de tramitación que un procedimiento penal supone, entendiéndose por tales, solicitar medidas cautelares, expresar su opinión frente a la posibilidad de la celebración de acuerdos reparatorios, convenir en modalidades procedimentales, como juicio inmediato, abreviado, deducir recursos, etc.**

28 Cfr. Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso. t. I. Edit. Universidad, Bs. Aires, 1984.

29 En el Proyecto de Reforma Constitucional del Ejecutivo, para introducir el Ministerio Público a la Carta se decía, en lo que es hoy el art 83, que a ese Ministerio le correspondería formular y **sustentar** la acusación penal ante los tribunales...vocablo, el destacado, que denota la idea de **mantener** en el tiempo y que tiene el sentido de realizar las actividades necesarias para que se emita pronunciamiento sobre la acusación. La redacciones sustituyó en el Senado por razones que apuntaron al empleo de una terminología con la que la cultura jurídica nacional se sintiera más identificada.

En estas actividades aparece en toda su dimensión el rol de interviniente que, a este Ministerio, confiere el artículo 12 del Código Procesal Penal y que constituye una denominación cuyo alcance es indispensable precisar: desde luego, ella constituye una traducción de la expresión alemana "Teilnehmer" que la Ordenanza Procesal Penal de aquel país utiliza y que fuera adoptada en el Código Modelo de Proceso Penal para Iberoamérica, referente permanente del nuestro, según es conocido.

Bajo esta denominación se incluyen en la norma, al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, enumeración que pone de relieve significativas afinidades y diferencias entre las personas comprendidas. Así, puede sentarse una conclusión inicial: la expresión tiene un sentido más amplio que el que la dogmática procesal tradicional atribuye al de "parte".⁽³⁰⁾ En efecto, por parte, entendemos, pacíficamente, al litigante que en el proceso hace valer una pretensión o en contra de quien dicha pretensión se hace valer: así son partes, en este sentido clásico, el fiscal y el querellante – hacen valer la pretensión punitiva – y el imputado, en contra de quien la misma se ejerce, pero no lo son, el defensor y la víctima.

Esta amplitud conceptual se explica por los roles que se confieren en el nuevo sistema procedimental penal a las personas y el modo como sus derechos se respetan, lo que se comprueba con la proclamación del artículo 103 que sanciona con nulidad, la ausencia del defensor en cualquiera actuación en que la ley expresamente exigiere su participación: esta regulación revela que el tradicional concepto de "parte" se tornaba insuficiente para alcanzar a estas personas a las que se confieren papeles de tanta trascendencia. Puede pues sostenerse que, entre los intervinientes, hay quienes son partes en el proceso y quienes no lo son, constituyendo los fiscales, un ejemplo incuestionable de esta dualidad de "interviniente-parte"

No obstante, el tema de las características de los intervinientes no se agota en la reseña precedente: los hay quienes ocupan el rol por una exigencia institucional del sistema y de allí que ejerzan acción, no en estricto sentido personal, digamos, a nombre propio, sino institucional. Ésta es la diferencia entre el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público y el ejercicio por el querellante particular.

La exigencia constitucional de una investigación justa y racional.

Demanda el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política, que la investigación en el procedimiento penal, debe verificarse con sujeción a parámetros de justicia y racionalidad, cualidades que se proyectan en un sentido **orgánico** y en otro **procedimental**: hacia el primero, denotan la exigencia de investigación bajo la exclusiva dirección del Ministerio Público y del juzgamiento "por el tribunal que señale la ley" –redacción que, en lo que interesa, fundamenta la competencia del tribunal– en tanto que, hacia el segundo, esto es, hacia lo procedimental, representan el modo como nuestra Carta Política consagra la garantía de un debido proceso de ley, actividad en la que, me parece, debe subordinarse a la promesa contenida en el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en orden a que las personas tenemos derecho a ser oídas, con las debidas garantías, en un plazo razonable, por un tribunal competente e imparcial, etc.

Idéntica sujeción a normas superiores, se observa en el artículo 2 del Código Procesal Penal, que introduciendo en términos explícitos la garantía del juez natural, proscribire, sin excepción, la posibilidad de que alguien sea juzgado por comisiones especiales, para enfatizar la idea del juez competente, esto es, del tribunal que señalare la ley.

La investigación del sistema procesal penal nacional se verifica bajo la sujeción de un tribunal denominado "juez de garantía", al que no se confía la tarea de controlar la bondad de la investigación sino una tarea que al tiempo de diferente, es muchísimo más relevante: el artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales prescribe que

30 Explica Gómez Colomer que la Ordenanza Procesal Penal alemana no emplea ni una sola vez el concepto de parte, sino el de participante (interviniente, diríamos nosotros) Con ello, agrega, la ley trata de poner de manifiesto, puede pensarse, que en el proceso penal no existen partes que luchen entre sí por intereses propios... (es cierto que el querellante particular es una figura que solo últimamente se ha venido desarrollando con la amplitud que tiene en Chile, en ese país). Cfr. "La Ordenanza Procesal Penal alemana", pág. 68.

“Los juzgados de garantía estarán conformados por uno o más jueces con competencia en un mismo territorio jurisdiccional, que actúan y resuelven unipersonalmente los asuntos sometidos a su conocimiento (y a quienes corresponde) asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal”

En esta línea se inscribe la norma del artículo 70 del mismo Código que, bajo el epígrafe de “juez de garantía competente”, dispone que se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el Ministerio Público, “el **juez de garantía llamado por la ley** a conocer las gestiones a que dé lugar el respectivo procedimiento...”

Todavía, cabe mencionar que entre las excepciones de previo y especial pronunciamiento que se autoriza al imputado para oponer a la acusación, la primera mencionada por la ley es “*la incompetencia del juez de garantía*” (art. 264 letra a).

Finalmente, a virtud de la reforma introducida por la ley 20.074, hoy, el artículo 373 letra a) del Código indicado, sostiene que es causal de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

“Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

La redacción que precede, vino a poner fin a una discusión referida al efecto extensivo de la nulidad operante como consecuencia de acogerse un recurso y la consecuencia es que si los actos jurisdiccionales del período de investigación, los verificó –a los efectos del análisis que vengo efectuando– un juez incompetente, se habrá vulnerado la garantía constitucional y la prevista en los Tratados internacionales, en orden a que el juez a cargo de las decisiones debe ser un juez “competente”, razón por la cual, podrá prosperar el recurso fundado en esta causal del citado art. 373 letra a).

De cuanto he expuesto, aparece, en términos casi majaderos, el modo como la legislación procesal cautela la exigencia de que intervenga en el procedimiento un juez competente: adicionalmente, se recuerda que existe un mandato constitucional y legal que impone a los fiscales del Ministerio Público ejercer y sustentar la acción penal. Como si lo anterior no bastare, el artículo 6 de la ley 19.640, establece que “*los fiscales ...del Ministerio Público deberán velar por la eficiente e idóneas administración de los recursos y bienes públicos y por el debido cumplimiento de sus funciones. Los fiscales deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción evitando la duplicación o interferencia de funciones...*”

Es consecuencia de lo expuesto en el párrafo precedente, que los fiscales tienen el inexcusable deber de velar porque en el procedimiento que se ventile, intervenga un juez de garantía **COMPETENTE**: se trata de una condición de legitimidad de la sentencia penal y, al propio tiempo una garantía decantada dolorosamente, a lo largo de los siglos en favor de las personas y acuñada en el juzgamiento por el juez natural. Aún más, en la medida que se evita que los juicios y procedimientos deban repetirse, el velar por la competencia judicial, termina siendo una forma de cumplir con la tarea de **administrar los recursos con eficacia** y con el deber de evitar duplicaciones.

Cuanto antecede constituye, en mi opinión, demostración suficiente del interés jurídico que anima a los fiscales en la determinación de la competencia o incompetencia del juez de garantía de que se trate, por lo que, me parece, no se ajusta a la realidad de las cosas, ni se corresponde con la cabal interpretación de las normas jurídicas que regulan el tema, afirmar que al fiscal de Ministerio Público no le asiste interés que justifique que se le escuche en el debate sobre la competencia del juez de garantía.

A modo de conclusiones, me parece posible sostener:

a) La disputa entre dos órganos del Estado, en torno a cuál de ellos es el llamado a investigar un hecho que presenta caracteres de delito, o si ninguno de ellos, efectivamente lo es, constituye un conflicto jurídico que requiere de pronta y clara decisión, como exigencia de desarrollo de un Estado de Derecho;

b) La tarea hermenéutica constitucional impone el deber de leer y comprender las instituciones con arreglo a las variables condiciones del entorno jurídico-político;

c) El Ministerio Público es un órgano del Estado, con autonomía constitucionalmente consagrada y que, por mandato de la Carta Política, está inhibido de ejercer funciones jurisdiccionales;

d) Las funciones, atribuciones y organización de este Ministerio Público, en cuanto le dotan de mando y poder de emitir decisiones, le conforman como una **autoridad** en el sistema jurídico nacional;

e) En la dogmática jurídica, se describe como “**administrativa**”, la actividad de los órganos estatales que no ejercen jurisdicción;

f) El Ministerio Público no integra la “Administración” del Estado, en sentido estricto pero su tarea es administrativa en el sentido de no jurisdiccional;

g) En la dimensión constitucional, la competencia constituye “la autoridad o derecho otorgados por las normas jurídicas, para ejercer funciones o desarrollar actividades”, razón por la cual puede promoverse controversia entre un órgano del Estado que ejerce jurisdicción (tribunal) y otro, que no la ejerce;

h) Históricamente se ha confiado en Chile, a la Corte Suprema la decisión de estas controversias⁽³¹⁾, criterio que hoy persiste en artículo 191 inciso final del Código Orgánico de Tribunales;

i) El ejercicio y sustentación de la acción penal por el Ministerio Público, le impone desarrollar todas las actividades legalmente procedentes para que la pretensión estatal que por esa acción se deduce, reciba adecuada respuesta de la jurisdicción: tiene, en consecuencia, este Ministerio, no sólo legítimo interés jurídico-procesal, sino el deber de llevar a cabo todas las actuaciones que en el procedimiento correspondan, para que las decisiones parciales y finales se pronuncien por el “tribunal que señale la ley”;

EN CONSECUENCIA:

a) El Ministerio Público puede promover y ser parte, en contiendas de competencia diferentes a las que se pudieren meramente suscitar con jueces del crimen del antiguo sistema penal;

b) De todas las planteadas con jueces del crimen o con otros tribunales, toca conocer a la Corte Suprema;

c) Como el Ministerio Público tiene interés jurídico procesal en la decisión que se emita, si ella se pronuncia por la Corte, trayendo los autos en relación, el fiscal respectivo tiene el derecho de exponer sus alegatos en la Sala respectiva.

PRIMERA SENTENCIA:

Santiago, doce de diciembre de dos mil cinco.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que esta cuestión se ha entendido suscitada entre el Segundo Juzgado Militar de Santiago y el Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Ovalle, en razón de estimar el primero que el delito eventualmente cometido por los imputados sería el contemplado en el artículo 417 del Código de Justicia Militar y, por consiguiente, correspondería conocer de él a la justicia ordinaria, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 5º N° 1º del mismo cuerpo legal, en tanto el segundo considera que el delito de que se trata es aquel a que

31 La situación ha variado a partir de la reforma constitucional introducida por la ley 20.050 que entregó la decisión de estas controversias al Tribunal Constitucional (art.93 N° 12) a partir del 26 de febrero del año en curso, esto es, al cumplirse seis meses desde la publicación de la ley.

se refiere el artículo 416 bis del Código de Justicia Militar, por la cual la competencia para conocer del asunto correspondería a los Tribunales Militares. Por resolución de fecha 3 de agosto de 2005, escrita a fojas 123 de los autos, el señor Juez Militar de Santiago, considerando trabada la contienda, dispuso la remisión de los antecedentes a esta Corte Suprema a fin de que la dirima.

SEGUNDO: Que, a su vez, la señora Fiscal Judicial, en su informe de fojas 132 y 133, manifiesta que, a su juicio, el delito presuntivamente cometido por los imputados sería el del artículo 416 N° 4° del Código de Justicia Militar, el cual también es, como el del 416 bis, de competencia de la justicia militar, por lo cual recomienda que esta Corte Suprema resuelva la contienda disponiendo que siga conociendo del asunto el Señor Juez del Segundo Juzgado Militar de Santiago.

TERCERO: Que, en opinión de esta Corte, las contiendas de competencia se traban entre tribunales, y no entre uno de éstos y el Ministerio Público, como ocurriría en este caso si se estimara que la hay. La única situación en que puede darse un conflicto de esta última índole, es aquella a que se refiere el inciso segundo del artículo 8° transitorio de la ley 19.665, en la cual la contienda se traba entre un juez del crimen o de letras con competencia criminal perteneciente al antiguo sistema y el Ministerio Público sobre la competencia para investigar un determinado hecho punible; lo cual es lógico puesto que, como en el sistema anterior, todavía vigente para conocer de los hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, los jueces con competencia en lo penal tenían la facultad de investigar, la cual ahora se reserva exclusivamente al Ministerio Público, ello genera una zona de fricciones que puede ser necesario dirimir. En cualquier otra situación, en cambio, la contienda sólo puede ocurrir entre órganos jurisdiccionales, y no entre éstos y el encargado de la investigación.

CUARTO: Que, en atención a lo expuesto, ha de concluirse que en este caso, contra el criterio de la señora Fiscal Judicial, no se ha trabado contienda de competencia alguna ya que la Fiscalía Local de Ovalle no estaba facultada para pronunciarse sobre la cuestión discutida debiendo haberlo hecho, en cambio, el Juez de Garantía de esa ciudad.

Por estas consideraciones y disposiciones legales citadas, se resuelve que vuelvan los autos al Juzgado de Garantía de Ovalle, a fin de que se pronuncie sobre la competencia para conocer de los hechos que le han dado origen y, de ser pertinente, comunique su resolución sobre ello al señor Juez del Segundo Juzgado Militar de Santiago.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Segura y Rodríguez Espoz quienes, teniendo en consideración que tanto el inciso final del artículo 191 del Código Orgánico de Tribunales y artículo 8 transitorio de la Ley N° 19.665 admite los cuestionamientos de competencia entre jueces y Ministerio Público a dirimir precisamente por la Corte Suprema, y atento también el parecer del Ministerio Público Judicial en el mismo sentido, fueron de opinión de que la cuestión propuesta debe ser resuelta por este Tribunal.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Señor Enrique Cury Urzúa.

Rol N° 4266-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Nibaldo Segura P., Sr. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y el Auditor General del Ejército Sr. Juan Romero R.

SEGUNDA SENTENCIA:

Santiago, veintiuno de diciembre de dos mil cinco.

A fojas 228: a lo principal y otrosí, por carecer de interés en la contienda trabada entre el Juzgado de Garantía de Cauquenes y el Tribunal Militar, **no ha lugar.**

Acordado con el voto en contra del Ministro Sr. Rodríguez Espoz, quien estuvo por acceder a la solicitud del Ministerio Público de fojas 228 teniendo presente que este organismo ostenta, en su opinión, un claro interés en la contienda de competencia promovida, toda vez que el artículo 77 del Código Procesal Penal le impone expresamente la obligación de practicar todas las diligencias que fueran conducentes al éxito de la investigación, de donde surge ese interés desde el momento que también estima carecer de facultades para desarrollar esa instrucción, corroborada, además, con su calidad de parte en el juicio penal, por lo que no puede en forma alguna desconocérsele ese carácter ni su pretensión de alegar en este asunto.

VISTOS:

Atendido el mérito de los antecedentes, lo dispuesto en el artículo 5 N° 1 del Código de Justicia Militar, lo dispuesto en el artículo 191 inciso 3° del Código Orgánico de Tribunales y lo dictaminado por la Sra. Fiscal Judicial, se declara que es competente para conocer de estos autos el Tercer Juzgado Militar de Valdivia, a quien deberán remitírsele los antecedentes.

Comuníquese lo resuelto al Juzgado de Garantía de Cauquenes.

Ofíciase.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 5127-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y el abogado integrante Sr. Fernando Castro A. y Auditor General del Ejército Sr. Juan Romero R.

LA VÍCTIMA EN LA REFORMA PROCESAL PENAL Y EN LA JURISPRUDENCIA

PEDRO CORTI ORTIZ

Fiscal Regional XII Región

Magallanes y Antártica Chilena

PRIMERA PARTE

I

GENERALIDADES

El ser humano, desde su primitiva existencia, ha ido creando e imponiendo a sus semejantes diversas reglas de conducta y convivencia. Reglas que fueron generando el Derecho en sus diversas disciplinas.

En lo referente al Derecho Penal, en todo hecho que reviste carácter ilícito existen dos sujetos: activo o hechor el uno y, pasivo o víctima, el otro.

Con el actuar del primero se rompía la normalidad que regía la vida en común pues al perpetrarse un delito el hechor -como fue la concepción en tiempos pretéritos- atentaba en contra de la sociedad y no sobre la víctima particular y esa era la justificación del por qué debería ser sancionado y ésta, la aplicaba primeramente el Rey y, más adelante, por los Jueces, que fueron establecidos para que, en nombre del Rey o del Estado, juzgaran y sancionaran a estos sujetos activos, siendo su juzgamiento una confrontación entre el Estado, representado por el Juez, y el hechor, sin que hubiere una igualdad de "armas" o de igualdades de derechos entre uno y otro y en dicha confrontación, la víctima individual, pese a ser directamente el sujeto pasivo, era ignorada por completo como persona y por los daños que el delito le hubiere provocado, excepto el reconocimiento de derechos civiles para obtener el resarcimiento de los daños y/o indemnización de perjuicios. Su participación como querellante en el juicio generalmente tenía sólo esta última finalidad.

II

SITUACIÓN HISTÓRICA EN CHILE

Siempre ha revestido el carácter de sujeto pasivo del delito y ha sido, es y será quien sufre en su persona y/o en sus bienes los daños que el delito provoca y, pese a ello, debido a los principios imperantes, **en el pasado nunca fue considerada como partícipe del sistema entonces vigente en nuestro ordenamiento penal con anterioridad a la vigencia del Código Procesal Penal³².**

Chile, desde su Independencia, se rigió por la legislación de España y, en el devenir del tiempo, al crear y regirse por legislación propia, esta omisión persistió, pues, en el Mensaje del Proyecto de Código Penal enviado al Congreso el 29 de octubre de 1873, S.E. el Presidente de la República don Federico Errázuriz, se refiere a la necesidad para el país de una reforma en la legislación penal entonces existente, **pero el Proyecto de Código en absoluto comprendió a la víctima** y, su texto, que en definitiva fue aprobado y comenzó a regir a contar del 1º de marzo de 1875, **en parte alguna se refiere a ella y no la consideró**, hasta

32 El Código Procesal Penal comenzó a regir escalonadamente en Chile, iniciándose el 16 de diciembre de 2002 en las Regiones de Coquimbo y La Araucanía, hasta el 16 de junio de 2005, en la Región Metropolitana.

el punto que en la definición de delito inserta en el inciso 1º de su artículo 1º no la incluye y tampoco en el inciso final de este mismo artículo, en donde expresa: “el que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender (la víctima). En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen”.

Excepcionalmente, en el inciso final de su artículo 13, se refirió a la víctima en los casos que exista vínculo de parentesco entre ella y el ofensor o sujeto activo pero sólo porque este vínculo podrá constituir circunstancia atenuante o agravante de la responsabilidad de este último.

El Código de Procedimiento Penal, que rigió en el antiguo sistema desde el 1º de marzo de 1907, dispuso en su artículo 109 que el Juez “debe investigar, **con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino también los que les eximan de ella o la extingan o la atenúen**” y no consideró que en la misma forma **investigare “con igual celo” los hechos y circunstancias que acreditarían los daños causados a las víctimas**”.

Consecuente con dichos principios arraigados en nuestra idiosincrasia no fue de extrañar que en toda sentencia judicial de carácter condenatoria dictada en los antiguos Juzgados de Letras en lo Criminal, al imponer pena, los jueces, generalmente, sólo analizaban la personalidad del imputado en cuanto a si concurrían a favor o en contra de éste circunstancias modificatorias de su responsabilidad penal, sea que la eximan, sea que la aminoren, sea que la agraven, cumpliendo con ello lo dispuesto en el artículo 109 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal.

Recibía plena aplicación el principio denominado “*In dubio pro reo*” o “principio pro reo” que permitió a los Tribunales imponer penas, generalmente, en el mínimo permitido, obviando o soslayando en la interpretación de la ley el principio de hermenéutica legal consagrado en el artículo 23 del Código Civil, pues consideraron que lo “odioso de una disposición” es contrario a este principio³³.

Tratándose de delitos en que el imputado puede invocar circunstancias atenuantes de su responsabilidad criminal, al ser éstas acogidas, lo son de acuerdo a la aplicación de la normativa legal: artículos 65 a 68 bis del Código Penal.

Esta forma de dictar sentencia tiende a favorecer al imputado aplicándole la pena menos rigurosa que pudo imponérsele y, si bien con ello podrá sostenerse que la pena impuesta es el resultado de aplicar la ley, cabe considerar que lo es sólo en un aspecto formal, pues siguiéndose la costumbre del antiguo sistema procesal, al imponer de esta forma la pena **se omite considerar la situación de la víctima en la causa al no atenderse al daño que la perpetración del delito o del cuasi-delito le ha causado o en su físico, o en su aspecto mental y psicológico, o en su patrimonio, constituyendo una clara demostración que el Código Penal sólo atiende al sujeto activo o responsable de un hecho ilícito omitiendo a la víctima**, lo que más adelante se ve reafirmado por las disposiciones contenidas en sus artículos 10º y 11º que prevén situaciones en que se exime de responsabilidad en el primero y situaciones que la aminoran, en el segundo constituyendo excepción a estas reglas generales, tratándose de personas unidas por vínculo de parentesco, lo previsto en el artículo 13 del Código Penal.

III

SITUACIÓN ACTUAL DE LA VÍCTIMA

Con el advenimiento de la Reforma Procesal Penal, “un importante objetivo del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal fue conferir una mayor participación a la víctima en el proceso penal, sin necesidad de

33 Véase Alfredo Etcheberry. “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”. Tomo I. Párrafo 10. Página 35, en donde cita numerosos fallos a contar del año 1876 en adelante.

conferirle patrocinio y poder a un abogado y constituirse en parte querellante, restituyéndole protagonismo en la solución del conflicto que le afecta principalmente”³⁴.

La víctima viene a ser reconocida como un ser protagónico del proceso y su normativa pretende no sólo reconocerla como interviniente sino también -lo que es muy importante- evitarle la victimización secundaria. Es por ello que **“el reconocimiento de la víctima como sujeto procesal y la consagración de un amplio catálogo de derechos a su favor, son dos de los aspectos más relevantes del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal”**³⁵.

Como lo expresó S.E. el Presidente de la República de Chile “la reforma que se propone se traduce en una ganancia social para quienes son víctimas de la conducta delictual”³⁶.

A este respecto deberá tenerse en consideración que mediante la Reforma Procesal Penal, se procura que al sancionar al sujeto activo, se persigue que éste responda ante la sociedad y ante la víctima por el mal o daño que le causó con su conducta ilícita mediante el pronunciamiento de una sentencia que imponiéndole una pena ajustada al delito cometido, a su situación personal y al daño causado a la víctima. Situación que no siempre puede ser coincidente con lo que esta última persigue o pretende conseguir en la sentencia por cuanto el reconocerle derechos y permitirle ejercerlos no significa que con ello se le esté reconociendo un derecho desmedido para que ejerza peticiones que pudieren ir más allá del ámbito del daño que a ella y su entorno hubiere causado el delito. A lo que Claus Roxin³⁷ alude expresando como “facilitar la primacía de la necesidad de venganza del afectado sobre el interés general de la resocialización”.

Este ingreso de las víctimas como sujetos de derecho en el campo del derecho procesal penal es el reconocimiento de la realidad, pues para que en un Estado de Derecho se imparta realmente Justicia mediante las sentencias que dicten los Tribunales, se debe procurar que a ésta no sólo se le reconozcan sus derechos, sino que, además, se le garantice que el ejercicio de dichos derechos los podrá realizar en forma plena, sin presiones en sus personas o en su entorno, de modo que tanto en el curso de la investigación cuanto en el desarrollo del juicio pueda dar cuenta, informar y declarar sobre los hechos que le acontecieron y permitir al investigador y al sentenciador contar con plenos y veraces antecedentes.

En la Reforma Procesal Penal se tuvo en especial consideración la existencia de una situación tergi-versadora de la realidad referente a que “los derechos fundamentales de las víctimas pueden verse afectados con ocasión del proceso, no sólo por la acción del imputado, quien puede decidir atentar contra la persona del ofendido como represalia por haber presentado la denuncia, con el propósito de inducirlo a que declare falsamente o que no aporte todos los elementos de prueba con los que cuenta; sino, también, por las propias actuaciones que tengan lugar en el proceso penal y que esté involucrado el ofendido por el delito, léase, exámenes corporales, entrada y registro de su domicilio o incautación de los objetos de los que es dueño, por ejemplo”³⁸.

Es por ello que el tratamiento que deberá tener la víctima durante la investigación a realizar por el Ministerio Público, a través de los Fiscales y de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos, constituye una importante labor en su quehacer, como lo disponen los artículos 6º, 78, 109, 167, 241 y 289 del Código Procesal Penal y los artículos 1º, 8º, 18, 20 letra f) y 34 letra e) de la Ley Nº 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

34 María Inés Horvitz Lennon. “Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema”. Revista de Estudios de la Justicia Nº 3, año 2003. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Página 133.

35 Guillermo Piedrabuena Richards. “La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal”. Editorial Fallos del Mes. septiembre de 2003. Página 12.

36 Mensaje Presidencial proponiendo la dictación del Código Procesal Penal a la H. Cámara de Diputados, de fecha 9 de junio de 1995.

37 Claus Roxin. “Derecho Procesal Alemán”. Editores del Puerto. Buenos Aires 2000. Página 525.

38 Guillermo Piedrabuena Richards. Obra citada, página 17.

En este nuevo tratamiento a las víctimas, el Código Procesal Penal recoge una tendencia que en la segunda mitad del siglo XX irrumpió en el Derecho Penal en diversos países –entre otros–: Nueva Zelandia, 1963; Inglaterra, 1964; Holanda, 1975; República Federal de Alemania, 1976, Francia 1977, etc., en la Recomendación N° R (85) 11, de 28 de junio de 1985, del Consejo de Ministros de la Unión Europea a sus Estados miembros, sobre la posición de las víctimas en el marco del Derecho Penal y del proceso penal y, su consagración universal la obtuvo el 29 de noviembre de 1985, al acordar la Asamblea General de las Naciones Unidas la resolución 40/34 referida al tratamiento de las víctimas de delitos y abusos de poder. Posteriormente, es importante “la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI)”³⁹

En el Derecho Comparado -entre otros países-:

1.- Alemania: el Código Procesal Alemán⁴⁰ denomina a la víctima con el vocablo “ofendido”, refiriéndose a ella en su “Quinto Libro”, titulado “Participación del Ofendido en el Proceso” y, en su Primera Sección, denominada “Acción Privada”, comprendida entre sus artículos 374 a 394, se le reconoce el derecho a ejercer la acción privada, “sin que se precise de la apelación previa de la fiscalía” (artículo 374 inciso 1°) respecto de varios delitos que allí se indican para regular su actuación y, luego, en los artículos siguientes regula la actuación del ofendido. A continuación, en la Segunda Sección, denominada “Demanda Accesorio”, artículos 395 a 402, se regula la participación mediante adhesión a “la acción pública interpuesta como acusador privado todo aquel que haya sido ofendido” (artículo 395 inciso 1°) para regular a continuación todos aquellos casos en que procede. En la Tercera Sección, denominada “Indemnización del Ofendido”, comprendida entre sus artículos 403 a 406c, se establecen los derechos del ofendido o sus herederos para perseguir y obtener una indemnización y, finalmente, en su Cuarta Sección, denominada “Otras Competencias del Ofendido”, artículos 406 d a 406 h se regulan otros derechos del ofendido en juicio.

2.- Argentina:

2.a) El Código Procesal Penal de la Nación,⁴¹ reconoce a la víctima en su Libro I, Título IV, Capítulo III, artículos 79 a 81, cuyo epígrafe es “Derecho de la Víctima y el Testigo”. Tiene importancia en esta materia por cuanto se le reconocen a la víctima garantías y derechos, tanto en la recepción cuanto en la información.

Así, en su artículo 79, se dispone que el Estado nacional les garantizará: **a)** recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes; **b)** al sufragio de los gastos de traslado al lugar donde la autoridad competente designe; **c)** a la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia; **d)** a ser informado de los resultados del acto procesal en el que ha participado; **e)** cuando se tratare de persona mayor de 70 años, mujer embarazada o enfermo grave a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación”.

2.b) En igual forma fue establecido en el Código Procesal Penal de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sur en sus artículos 65, 66 y 67.

39 Revista Fallos del Mes, Documento N° 23, abril 2002 “La Víctima como Testigo en el Nuevo Proceso Penal”. Página 3.

40 Vigente desde el 1° de octubre de 1879, con numerosas modificaciones.

41 Vigente desde el 5 de septiembre de 1992.

IV

¿QUIÉN ES LA VÍCTIMA?

No existe una definición legal propiamente tal y el Código Procesal Penal sólo da un concepto de ella en el inciso 1° de su artículo 108, al disponer que: “para los efectos de este Código, **se considera víctima al ofendido por el delito**” significando que, para nuestra legislación, “víctima” y “ofendido” son sinónimos.

No obstante, para precisar la verdadera extensión y alcance de este concepto es útil conocer las definiciones que respecto a ellas se tiene:

1.- Víctima: en su acepción tercera, es “persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita”; y

2.- Ofendido: “que ha recibido ofensa” y, a su vez, “ofensa” deriva a “ofender”, siendo sus acepciones:

2.a) la primera: “humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien o ponerlo en evidencia con palabras o hechos”;

2.b) la tercera: “hacer daño a alguien físicamente, hiriéndolo o maltratándolo”.⁴²

Cabe entonces determinar “¿quién es el ofendido por el delito?” y debe concluirse que éste **es el sujeto pasivo del mismo**, es decir, el titular de los bienes jurídicos que se ven afectados por el delito o el sujeto pasivo de la acción, esto es, el que sufre la acción delictiva, aunque no sea titular del bien jurídico afectado. Referente a esta distinción, el Tratadista don Juan Bustos, pone el siguiente ejemplo clarificador: “quien hurta a un niño el bolso de su madre, actúa sobre el niño y éste es el sujeto pasivo de la acción, pero es la madre el sujeto pasivo del delito”.⁴³

Conforme a este concepto, las víctimas son personas concretas: naturales o jurídicas y, dentro de estas últimas, las hay de derecho público y de derecho privado, excluyéndose a las personas perjudicadas indirectamente por el delito.

Tratándose de personas naturales, en el caso que la víctima u ofendido hubiere sido privado de la vida o no se encontrare en condiciones de poder ejercer los derechos que el Código Procesal Penal le otorgan, éste, en el inciso 2° de su artículo 108, en sus letras a), b), c), d) y e), para esos solos efectos, amplía el concepto de víctima, lo que tiene importancia para determinar la titularidad de los derechos y acciones para interponer querellas; en casos de acuerdos reparatorios; de ejercicio de acciones civiles y, en lo que ahora nos preocupa y veremos más adelante, para analizar correctamente lo que la parte final del artículo 69 del Código Penal establece: “**la mayor o menor extensión del mal producido por el delito**”.

En los “delitos de peligro”, el sujeto pasivo es la colectividad toda pues el sujeto activo no tiene ante sí una persona determinada a quien hacerle un daño. Ejemplo: delitos contra la salud pública y tráfico ilícito de estupefacientes, pero también, como resultado del acto del delito puede provocarse un daño en forma directa a una persona natural. Ejemplo: la persona que pierde la vida y la que sufre lesiones en una delito de conducción en estado de ebriedad.

V

TRATAMIENTO A LA VÍCTIMA EN EL CÓDIGO PENAL

En nuestro más que centenario Código Penal⁴⁴, inspirado en el ya obsoleto sistema inquisitivo, no existe una disposición expresa que se refiera al daño sufrido por la víctima con ocasión de la perpetración de

42 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. 2001.

43 Juan Bustos. Manual de Derecho Penal. Parte General. PPU, Barcelona 1994, pág. 276. Citado en artículo “La Víctima en el nuevo proceso penal”, de la División de Atención a Víctimas y Testigos del Ministerio Público. Editorial Fallos del Mes. Página 43.

44 Vigente desde el 1° de marzo de 1875.

delito, aunque si se la puede considerar inserta, en forma genérica, en el artículo 69 del Código Penal, cuyo breve texto expresa: “dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes **y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito**” y es precisamente esta frase final la que permite al juez sentenciador considerar el daño producido a la víctima al determinar la pena a aplicar. Interpretación que se ha ido imponiendo en la Jurisprudencia en forma lenta y paulatina, aún cuando no aún en forma genérica.

No siempre en la doctrina nacional fue ésta la interpretación que se le dio a este artículo 69 antes citado, como lo expresó el Tratadista don Eduardo Novoa Monreal⁴⁵ al manifestar que éste no se refiere a la víctima sino que “es una demostración de que por la época de su dictación (1874) el Código Chileno consideró excesiva importancia al daño o lesión jurídica objetivamente causado por el delito, sin considerar suficientemente la personalidad del delincuente para la individualización de la pena”.

En forma restrictiva la víctima fue considerada en el artículo 13 del Código Penal, para considerar esta vinculación como circunstancia atenuante o como agravante, fundado en el parentesco que la vincule con el sujeto pasivo u ofensor: inciso 1º para señalar en su inciso 2º o final, la extensión del parentesco, conforme a las disposiciones del Código Civil.

VI

INGRESO DE LA VÍCTIMA

en nuestro ordenamiento jurídico

Aparece por vez primera en forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 19.519, que modificó la Constitución de 1980, agregándole el Capítulo VI-A “Ministerio Público”, disponiendo que “le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos”⁴⁶, desarrollado posteriormente en el Código Procesal Penal en sus artículos 6º, 78, 109, 167, 241 y 289 y los artículos 1º, 8º, 18, 20 letra f) y 34 letra e) de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Desde entonces la víctima junto con ser interviniente en el desarrollo de la investigación y en el curso del juicio, tiene garantías y derechos que antes no tenía:

- a) Garantía y derecho a la Protección;
- b) Garantía y derecho al Trato Digno;
- c) Garantía o derecho a la Información;
- d) Derecho a ejercer Acciones y Pretensiones Penales;
- e) Derecho a ejercer Funciones de Contrapeso y Control sobre el Aparato de Justicia; y
- f) Derecho a la Reparación del daño causado por el delito.

En el ejercicio de estos derechos que le son garantizados, la víctima puede ser denunciante o interponer querrela, actuar como querellante y ejercer todos los derechos que en tal carácter la ley le permite.

Lo que sí debe quedar en claro es que el Ministerio Público, por intermedio de los Fiscales y de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT) les prestan y brindan toda clase de protección, ayuda y apoyo dentro del marco legal existente.

45 “Curso de Derecho Penal Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, 1966, Tomo II, párrafo 570 N° 8.

46 Constitución Política de 1980, Art. 80 A inc. 1º.

VII

¿CÓMO DA POR ESTABLECIDO EL JUEZ SENTENCIADOR QUE LA VÍCTIMA SUFRIÓ DAÑO?

Conforme a la definición que el Código Penal, en el inc. 1º de su artículo 1º da al delito, este es “toda acción u omisión voluntaria penada por la Ley”.

Todo delito tiene consigo una víctima pues, en su perpetración, un daño se produjo a ésta pero, en juicio, es indudable que la existencia del daño debe ser probado para que los jueces que constituyen el Tribunal adquieran más allá de toda duda razonable la convicción de que ello ocurrió (artículo 340 del Código Procesal Penal), siendo insuficiente probar ser víctima sino que, acreditándose la existencia del daño producido en su físico, siquis y/o patrimonio será también necesario acreditar en qué forma, extensión y consecuencias dicho delito lo ha afectado y la forma de acreditarlo por el Fiscal acusador será principalmente mediante informes periciales que -entre otros- en el caso de daños en lo físico, lo serán médicos legistas; en caso de daños psicológicos y/o mentales, lo serán psicólogos y médicos siquiátras, todos del Servicio Médico Legal; y, tratándose de daños patrimoniales, podrán serlo peritos contables u otros del Laboratorio de Criminológica, de la Policía de Investigaciones o del Laboratorio de Carabineros (Labocar), u otra clase de peritos según la materia que fuere necesario probar.

Esta forma de actuar en juicio ha sido aceptada por la defensa de un acusado⁴⁷ en causa que conoció el Juzgado de Garantía de Tocopilla, referida a un caso de Abuso Sexual, en donde se alegó por ella que la menor víctima no fue evaluada por un psicólogo, con lo que se pretendió obtener que la sentencia no se extendiera a analizar la extensión del mal producido por el delito.

VIII

COMPRENSIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Del análisis de disposiciones del Código Procesal Penal, la víctima está comprendida en:

1.- Artículo 6º. Protección de la Víctima.

En su inciso 1º se distinguen dos situaciones: en la primera, constituye una obligación del Ministerio Público velar por la protección de la víctima en todas las etapas del procedimiento penal y esto lo desarrolla más adelante en otras disposiciones y, la segunda, también el legislador le impuso obligaciones al Tribunal pues éste deberá garantizar conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.

En ejercicio de esta obligación el Fiscal actúa de oficio, sin necesidad que su intervención le fuere solicitada, sin perjuicio que la víctima se lo solicite por sí misma o a través del abogado que la represente en querrela interpuesta.

El Tribunal sólo actuará resolviendo peticiones que le formule el Fiscal o el querellante o ambos en conjunto.

En su inciso 2º⁴⁸ se obliga al Fiscal a promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima.

Esta disposición legal no obliga a imponer a la víctima medidas que produzcan o tiendan a producir la reparación del daño y, es claro, como lo dispone la parte final de este inciso, que el Fiscal no ejercerá acciones civiles que correspondieren a la víctima.

47 Causa RUC 0200029547-K. Sentencia pronunciada por el Juzgado de Garantía de Tocopilla el 15 de julio de 2002, publicada en el Boletín del Ministerio Público N° 12, de septiembre de 2002.

48 Agregado por el artículo único N° 1 de la Ley N° 19.789, publicada en el Diario Oficial el 30 de enero de 2002.

El inciso 3º se refiere al trato a que están obligado a darle a las víctimas las Policías y demás organismos auxiliares;

2.- Artículo 12. Intervinientes.

Se le reconoce su carácter de tal para todos los efectos legales.

En consecuencia la víctima puede imponerse de las actividades que el Fiscal realiza en el curso de la investigación; solicitar la realización de diligencias; interponer querella; participar en todo lo concerniente a las salidas alternativas: suspensiones condicionales del procedimiento y acuerdos reparatorios; etc.;

3.- Artículo 54. Delitos de Acción Pública previa instancia particular.

Comprenden delitos de acción pública en que al Fiscal le está vedado proceder de oficio sino que requiere, a lo menos, que el ofendido –víctima– hubiere denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía.

Este precepto señala siete casos en que recibe aplicación;

4.- Artículo 55. Delitos de Acción Privada.

Se refiere a 4 casos de figuras o tipos ilícitos en que sólo la víctima pueda ejercitar las acciones. Casos que no son excluyentes, por cuanto, en este caso de acción se incluye el delito de giro doloso de cheques a contar del 31 de mayo de 2002, fecha de publicación de la Ley N° 19.806, modificatoria del texto del artículo 42 del DFL. N° 707, de 1982, que fijó el texto refundido de la Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques. Conforme a esta modificación, son delitos de acción privada los cheques protestados por el banco librado por falta de fondos o girados contra cuenta corriente cerrada;

5.- Artículo 108. Concepto.

Expresa que se considera víctima al ofendido por el delito, para señalar a continuación que otras personas de su familia también quedan comprendidas en este concepto;

6.- Artículo 109. Derechos de la Víctima.

Se refiere a los casos en que la víctima puede intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en el Código Procesal Penal y señala a continuación lo siguiente:

- a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;
- b) Presentar querella;
- c) Ejercer en contra del imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;
- d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiera o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;
- e) Ser oída, si lo solicitare, por el Tribunal antes de pronunciarse acerca de sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa; y
- f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aún cuando no hubiere intervenido en el sobreseimiento;

7.- Artículo 111. Querellante.

En concordancia con lo dispuesto en la letra b) del artículo 109, se le reconoce el derecho a presentar querella, sea por sí misma, por su representante legal o por su heredero testamentario;

8.- Artículo 167. Archivo Provisional.

Es una atribución del Fiscal disponer el término de la investigación si considera que no aparecieren antecedentes que permitan desarrollarla para esclarecer los hechos y siempre que no hubiere intervenido el Juez de Garantía.

El inciso final le reconoce a la víctima el derecho a solicitar la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación y, en el caso que su solicitud fuere denegada a reclamar de ella ante las autoridades del Ministerio Público.

Esta disposición está en concordancia con lo dispuesto en la letra d) del artículo 109;

9.- Artículo 169. Control Judicial.

Es el derecho que se le confiere a la víctima para provocar la intervención del Juez de Garantía si no está conforme con lo actuado por el Fiscal cuando éste dispone el archivo provisional o la facultad de no iniciar la investigación y ello lo obtiene presentando querrela. Esto es el ejercicio del derecho que le reconoció la letra b) del artículo 109 del Código Procesal Penal;

10.- Artículo 170. Principio de Oportunidad.

En casos que indica, de poca gravedad, el Fiscal podrá no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada “cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público”. Se trata de delitos cuya pena no excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.

Para que esta forma de actuar opere es necesaria la intervención del Juez de Garantía.

La víctima tiene el derecho a oponerse ante el Juez de Garantía respecto de la petición del Fiscal y, además, si se produce la situación prevista en su inciso 5º podrán reclamar de la decisión del Fiscal ante las autoridades del Ministerio Público.

Este derecho es el ejercicio del que le fue reconocido en el artículo 109 la letra e);

11.- Artículo 237. Suspensión Condicional del Procedimiento.

Se solicita al Juez de Garantía por el Fiscal **con acuerdo del imputado**.

Aparentemente es un trámite procesal en que la víctima es omitida, excepto si como querellante o simplemente como víctima asistiere a la Audiencia en que se solicita esta Suspensión deberán ser oídos por el tribunal⁴⁹. A contrarius census, si la víctima no concurre a la audiencia ésta igual se celebrará.

Sin embargo, de hecho, tal exclusión nunca deberá producirse pues, en concordancia con lo dispuesto en la letra d) del artículo 109 del Código Procesal Penal, la víctima tiene el derecho a solicitarle al Fiscal ser oída sobre este acuerdo con el imputado antes que solicitare la Suspensión Condicional al Juez de Garantía o antes que éste resolviera.

Reconociéndose el derecho de la víctima a ser oída, conforme lo dispuesto en la letra d) del artículo 109 del Código Procesal Penal, aun cuando el artículo 237 citado establezca que esta suspensión condicional podrá solicitarla al Juez de Garantía el Fiscal con acuerdo del imputado, el Fiscal por sí solo no podrá arribar a este acuerdo sino que, previamente, deberá oír a la víctima e informarle sobre el significado de una suspensión de esta naturaleza una vez aprobada por el Juez de Garantía, tanto para ella como para el imputado; su derecho a solicitar la revocación de la misma si el imputado no cumpliera con lo acordado, enmarcado dentro de lo previsto en el artículo 238 del Código Procesal Penal y, sólo con el parecer aprobatorio de ésta en donde, incluso, se acuerde los términos o condiciones a proponer al imputado, se podrá concretar judicialmente este acuerdo;

49 El texto actual del inc. 5º del art. 237 fue introducido por la Ley N° 20.074 publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2005.

12.- Artículo 241. Procedencia de los Acuerdos Reparatorios.

Constituye otra de las formas de poner término a una causa sin que se dictare sentencia y sólo podrán referirse a: **a)** hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial; **b)** lesiones menos graves y, **c)** delitos culposos.

Para llevar a cabo a este acuerdo, la víctima deberá concurrir obligatoriamente a la Audiencia que se fije para dichos efectos en el Juzgado de Garantía.

Previa a la concurrencia a la Audiencia el Fiscal deberá reunirse con la víctima y explicarle el significado y alcance jurídico de este acuerdo pues, una vez aprobado por el Juez, producirá de inmediato el sobreseimiento definitivo de la causa, evitándose continuar la investigación, realizar juicio y concluir con sentencia condenatoria. El imputado no será sancionado penalmente y, en la eventualidad que no cumpliera con lo acordado, no podrá reabrirse la investigación y a la víctima únicamente le queda a salvo la persecución de lo acordado, por la vía civil y ante Tribunales con dicha jurisdicción.

En la Audiencia el Juez de Garantía interrogará a la víctima para verificar si tiene real conciencia del alcance y trascendencia jurídica del acuerdo reparatorio; que hubiere prestado su consentimiento en forma libre, sin coacción ni presión de terceros y, con pleno conocimiento de sus derechos. Sólo una vez que hubiere formado convicción que estos requisitos se cumplen dictará la resolución aprobatoria.

Este derecho es el ejercicio del que le fue reconocido en el artículo 109 la letra d);

13.- Artículo 247. Plazo para declarar el cierre de la investigación.

Contado desde la formalización el plazo legal para realizar la investigación es de dos años y transcurrido este plazo, si la investigación no se cerrare, el Fiscal podrá ser apercibido para el cierre por el imputado y por la víctima, si esta última es querellante.

Este plazo de dos años se suspenderá “desde que se alcanzare un acuerdo reparatorio hasta el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el imputado a favor de la víctima o hasta que hubiere debidamente garantizado su cumplimiento a satisfacción de esta última”⁵⁰;

14.- Artículo 249. Citación a Audiencia.

Cerrada por el Fiscal la investigación, si dentro del plazo señalado en el artículo 248 del Código Procesal Penal el Fiscal solicitare: **i)** el sobreseimiento definitivo o temporal o, **ii)** comunicar la decisión de no perseverar, el Juez de Garantía deberá citar a todos los intervinientes a una audiencia, y entre éstos, conforme lo señala el artículo 12 del Código Procesal Penal, está comprendida la víctima.

Este derecho es el ejercicio del que le fue reconocido en el artículo 109 la letra e);

15.- Artículo 254. Reapertura del procedimiento al cesar la causal de sobreseimiento temporal.

Todos los intervinientes –entre los cuales se cuenta la víctima– tienen derecho a solicitar al Juez de Garantía la reapertura del procedimiento si hubiere cesado la causa que lo motivó.

Este derecho es el ejercicio del que le fue reconocido en el artículo 109 la letra e);

16.- Artículo 257. Reapertura de la investigación.

La víctima, –entre otros intervinientes– dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación “podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado

50 El texto actual del inc. final de este art. 247 fue establecido por la Ley N° 20.074 publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2005.

durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado”.⁵¹

Si el Juez de Garantía acogiere peticiones de los intervinientes ordenará reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias en el plazo que le fijará.

Este derecho es el ejercicio del que le fue reconocido en el artículo 109 la letra e);

17.- Artículo 258. Forzamiento de la Acusación.

Es un importante derecho reconocido a la víctima en los siguientes casos: **a)** el Fiscal peticionare el sobreseimiento, temporal o definitivo. En tal situación, previa una tramitación ante el Fiscal Regional y si éste ratificare la petición del Fiscal, la víctima –como querellante– se opondrá ante el Juez de Garantía y éste “podrá disponer que la acusación sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que este Código lo establece para el ministerio público”; y **b)** si el Fiscal hubiere comunicado al Juez de Garantía la decisión de no perseverar, la víctima –como querellante– “podrá solicitar al juez –de garantía– que lo faculte para ejercer los derechos” que corresponden al Ministerio Público, sosteniendo la acción.

En ambas situaciones, es la víctima la que continúa adelante el juicio, sin la participación del Ministerio Público;

18.- Artículo 260. Citación a la Audiencia.

Se refiere a la audiencia de preparación de juicio oral y a ésta, la víctima, como interviniente cuando es querellante, deberá ser notificada;

19.- Artículo 261. Actuación del Querellante.

Dentro del plazo de hasta 15 días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, la víctima, en su carácter de querellante, tiene los siguientes derechos: **a)** adherir a la acusación del Ministerio Público o acusar particularmente. La forma de ejercitar este derecho difiere, pues en la adhesión acepta íntegramente la acusación del Fiscal, haciéndola suya y, en cambio, en la acusación particular, puede plantear situaciones diferentes, como ser, calificar en otra forma los hechos ocurridos y solicitar la imposición de otras penas diversas a las solicitadas por el Fiscal; **b)** señalar vicios formales que contuviere la acusación del Fiscal y solicitar su corrección; **c)** ofrecer prueba para sustentar su acusación; y **d)** deducir demanda civil, cuando procediere;

20.- Artículo 273. Conciliación sobre la responsabilidad civil en la audiencia de preparación del juicio oral.

La iniciativa para proponer bases de un arreglo o conciliación entre la víctima, querellante y demandante civil, y el imputado, corresponde al Juez de Garantía;

21.- Artículo 275. Convenciones Probatorias.

Es un derecho reconocido a la víctima –como querellante–, al Fiscal y al imputado para que, en la audiencia de preparación del juicio oral, se den por acreditados los hechos que indican y respecto de ellos no se aceptará alegaciones en el juicio oral;

⁵¹ La Ley N° 20.074, publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2005, sustituyó el inc. 1° de este artículo y le dio el texto actual.

22.- Artículo 276. Exclusión de Pruebas para el Juicio Oral.

En la audiencia de preparación del juicio oral el Juez de Garantía podrá excluir pruebas ofrecidas escuchando a los intervinientes que hubieren comparecido en la audiencia, entre ellas, a la víctima si fuere querellante;

23.- Artículo 280. Prueba Anticipada.

La víctima, como querellante, podrá solicitar prueba testimonial y pericial anticipada durante la preparación del juicio oral;

24.- Artículo 281. Fecha, lugar, integración y citaciones.

Fijados por el Tribunal Oral en lo Penal la fecha y el lugar en donde se realizará el juicio y la individualización de los jueces que lo integrarán, ordenará se cite a la audiencia “a todos quienes debieren concurrir a ella” y, entre éstas, se cuenta la víctima cuando es querellante;

25.- Artículo 288. Ausencia del querellante o de su apoderado en el juicio oral.

Puede deberse a no comparecencia o a abandono de la audiencia sin autorización del tribunal y dicha situación lleva consigo una sanción: se declarará abandonada la querrela, lo que significa que cesa su participación en el juicio pero ello por sus propios hechos y no por responsabilidad de terceros;

26.- Artículo 325. Apertura del juicio oral.

En su inciso final se dispone que el Presidente de la Sala, a continuación de su actuación inicial, “concederá la palabra al fiscal, para que exponga su acusación, al querellante para que sostenga la acusación así como la demanda civil si la hubiere interpuesto”⁵²;

27.- Artículo 338. Alegato final y clausura de la audiencia del juicio oral.

La víctima, que ha comparecido como querellante y que en este precepto se la denomina “acusador particular” tiene derecho a exponer sus conclusiones, pero carece de derecho a réplica;

28.- Artículo 352. Facultad de recurrir.

Se le reconoce el derecho a interponer todos los recursos que la ley permite en contra de las resoluciones judiciales;

29.- Artículo 359. Prueba en los recursos.

Permite a los intervinientes, entre ellos, la víctima como querellante, producir prueba sobre las circunstancias que constituyeren la causal invocada “siempre que se hubiere ofrecido en el escrito de interposición del recurso”;

30.- Artículo 382. Actuaciones previas al conocimiento del recurso.

Siendo la víctima querellante en el juicio, se le permite ejercitar dentro del plazo de 5 días desde que el recurso ingresó a la Corte, su derecho para solicitar se le declare inadmisilbe;

31.- Artículo 393. Preparación del juicio.

Se refiere al procedimiento monitorio y la víctima será citada a él;

52 Texto actual de este inc. final establecido por la Ley 20.074 publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2005.

32.- Artículo 394. Primeras actuaciones de la audiencia.

Se refiere al juicio simplificado y a que al inicio de la audiencia el Juez de Garantía hará una breve relación del requerimiento del Fiscal y de la querrela de la víctima;

33.- Artículo 396. Realización del juicio.

Se refiere al juicio simplificado que se realizará cuando el imputado no admite responsabilidad y, en su inicio, se da lectura al requerimiento del Fiscal y a la querrela;

34.- Libro Cuarto. Título II. Procedimiento por delito de acción privada. Artículos 400 a 405.

Se refiere al procedimiento para conocer y juzgar, mediante querrela, todos aquellos delitos cuya acción sólo puede ser ejercitada por la víctima, conforme lo indica el artículo 55 del Código Procesal Penal;

35.- Artículo 407. Oportunidad para solicitar el procedimiento abreviado.⁵³

Señala en qué momentos procesales puede el Fiscal y/o el querellante solicitar la modificación del procedimiento para que la causa sea juzgada mediante este procedimiento;

36.- Artículo 408. Oposición del querellante al procedimiento abreviado.

Podrá oponerse a que el caso sea resuelto por este procedimiento si su acusación particular difiere de la del Fiscal y en ella hubiere solicitado imponer al acusado una pena superior a cinco años;

37.- Artículo 410. Resolución sobre la solicitud de procedimiento abreviado.

Al pronunciarse sobre la solicitud de resolver el juicio mediante procedimiento abreviado si el Juez de Garantía considerare fundada la oposición del querellante rechazará la solicitud de procedimiento abreviado y dictará el auto de apertura del juicio oral;

38.- Artículo 411. Trámite en el procedimiento abreviado.

Iniciado el Juicio, el Juez de Garantía, abierto el debate, luego de la actuación del Fiscal, dará la palabra al querellante, quien en representación de la víctima, expondrá sobre los hechos y peticiones materia de la querrela;

39.- Artículo 416.- Solicitud de desafuero.

Tratándose de delito de acción privada, cuya acción sólo puede ser ejercida por la víctima, conforme lo dispone el artículo 55 para los delitos que allí señala y de otros delitos tipificados en leyes diversas, si el imputado gozare de fuero y quisiere –en su carácter de querellante– solicitar al Juez de Garantía la prisión preventiva u otra medida cautelar o formular acusación, deberá solicitarle que remita los antecedentes a la respectiva Corte de Apelaciones para que ésta, en caso de hallar mérito para proceder, declare que ha lugar a la formación de causa. Esto es, accede al desafuero;

40.- Artículo 425. Solicitud de Admisibilidad de los capítulos de acusación.

Se refiere a las interposiciones de querrelas de capítulos para hacer efectiva responsabilidad criminal de jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público, quien remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva a fin de que ésta, si hallare mérito, declare admisibles los capítulos de la acusación. Querrela que sostiene un fiscal del Ministerio Público pero, si se tratare de un delito de acción privada, será el querellante quien ocurrirá persiguiendo los mismos fines a la Corte de Apelaciones, y

53 El texto actual de este artículo fue establecido por la Ley 20.074, publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2005.

41.- Artículo 432. Tramitación ante el Juez de Garantía.

Se está refiriendo a la extradición activa y señala que ésta puede ser pedida por el Fiscal o el querellante, esto es, por la víctima.

IX**¿ES EL FISCAL ABOGADO DE LA VÍCTIMA?**

Se tiende a confundir el rol del Fiscal respecto de la víctima y sostenerse que es el Abogado de la víctima, lo que al tenor de claras disposiciones del Código Procesal Penal, como se ha señalado en esta monografía, no es efectivo.

Si bien en su actuar, tiene el deber y obligación de proporcionar auxilio y protección a la víctima también es claro que los intereses de ésta última, incluso cuando reviste el carácter de querellante, y los que el Fiscal representa debiendo cautelar y proteger, no son los mismos pues, el principio de objetividad con que el Fiscal deberá actuar no le es aplicable a la víctima, trayendo como consecuencia -entre otras- la posibilidad de producirse distintas opiniones respecto al curso de la investigación como ocurre en el caso previsto en las letras a) y c) del artículo 248 del Código Procesal Penal, en que el Fiscal estima que no corresponde presentar acusación y solicita el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa o comunica su decisión de no perseverar y, la víctima, en su carácter de querellante, discrepando de dicha decisión, podrá forzar la acusación, manteniendo sola la acción hasta concluir con la sentencia ejecutoriada que recayere en el juicio.

Otra discrepancia entre las opiniones de Fiscal y víctima puede producirse en las Salidas Alternativas pues el Fiscal no puede imponerle a la víctima su parecer u opinión, sea para obligarla a aceptar o rechazar un acuerdo reparatorio u obligarla que la investigación concluya mediante una suspensión condicional del procedimiento.

SEGUNDA PARTE**JURISPRUDENCIA**

La disposición legal del artículo 69 del Código Penal ha sido poco aplicada en las sentencias dictadas por los Tribunales con jurisdicción en lo Penal, en especial, respecto del daño a las víctimas y, en algunas ocasiones sólo citado entre las varias disposiciones legales en que se fundamenta.

No obstante, tanto en el antiguo sistema como en el actual de la Reforma Procesal Penal se observa la dictación de sentencias en que al imponerse penas a acusados, la graduación de éstas consideran y se fundamentan en la aplicación de este artículo 69 del Código Penal, entre otras:

- 1.- Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda⁵⁴ el 18 de junio de 1984, en recurso de apelación, en caso de cuasidelito de lesiones con víctimas múltiples, cuyo considerando 3º), en su parte final, expresa "... que al momento de aplicar la pena, el tribunal tenga presente la mayor o menor extensión del daño producido, conforme a la norma del artículo 69 del Código Penal";
- 2.- Sentencia dictada el año 1988⁵⁵ por la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo en trámite de consulta la sentencia de 12 de mayo de 1988, en caso de violación sodomítica a un menor, elevando la pena corporal a seis años de presidio mayor en su grado mínimo, fundado en "la gravedad de los hechos

54 Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXI, Segunda Parte, Sección Cuarta, pág. 172.

55 Publicada en Jurisprudencia de Sistema Computacional de Lexis Nexis, del art. 69 Cód. Penal.

- investigados, los que afectaron a un menor de 11 años de edad, produciéndole una alteración en su modo de ser y cuyas secuelas no son difíciles de apreciar, según lo expuesto por el profesor a su cargo”;
- 3.- Sentencia dictada el 13 de junio de 1991⁵⁶ por la Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, en recurso de apelación en el cual, confirmando la sentencia de primera instancia, de 13 de julio de 1985, en un caso de uso malicioso de instrumento privado mercantil en perjuicio de tercero, expresa en su considerando 8º) que la pena “no se fijará en el minimum, atendida “la mayor extensión del mal producido por el delito”;
 - 4.- Sentencia dictada el 26 de marzo de 2001 por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena⁵⁷ en caso de amenazas no condicionales, en cuyo considerando 14º) expresa que la pena que se fija en la parte resolutive lo es “considerando, además, el daño psicológico que los hechos produjeron a la víctima...”;
 - 5.- Sentencia dictada el 30 de diciembre de 2002 por el Juzgado de Garantía de Antofagasta, en juicio abreviado,⁵⁸ expresando en el párrafo final de su considerando 9º) “que para la regulación de la pena privativa de libertad específica que se ha de imponer, se ha de atender además a la mayor o menor extensión del mal producido, el que en la especie, ha significado no sólo la pérdida de una especie material sino un perjuicio psicológico a la víctima, un menor de 12 años de edad”. Perjuicio psicológico que se acreditó con un informe de una perito sicóloga y a que hace referencia el considerando 4º) de la misma sentencia;
 - 6.- Sentencia dictada el 11 de enero de 2003 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares⁵⁹ en caso de robo con homicidio, cuyo considerando 16º) expresa “que, atendido el mérito de los hechos acreditados en autos, **en atención a la extensión del mal causado por el delito** se aplicará una pena correspondiente al presidio mayor en su grado máximo, conforme lo autoriza el artículo 69 del cuerpo legal ya tantas veces citado” (Código Penal). Lo interesante es el razonamiento contenido en el inciso final de este considerando, cuando se expresa que “las circunstancias de comisión del delito, **así como las consecuencias provocadas por aquel tanto en los familiares como en los trabajadores de la víctima**, así como el desprecio que evidenció el acusado de un bien jurídico como la vida, dándole prioridad a la propiedad, fundamentan el proceder del modo que se ha indicado en el párrafo precedente”.

Esta sentencia constituye un ejemplo claro de cómo fue considerada la víctima y el concepto de ésta que no sólo abarcó la persona del occiso, sino que incluyó a los “familiares” y éstos están comprendidos dentro del concepto señalado en el artículo 108 del Código Penal, pero, además, deja establecido que los perjudicados con el delito son también los “trabajadores” del occiso (era dueño de un fundo y fue asesinado en el fundo);

- 7.- Sentencia dictada el 24 de marzo de 2003 por el Juzgado de Garantía de Andacollo⁶⁰, en juicio simplificado, en caso de conducción en estado de ebriedad, cuyo considerando 9º) expresa “que, por constar la pena señalada de 3 grados, habiendo una sola circunstancia agravante, y ninguna atenuante, al determinar la pena, puedo recorrerla en toda su extensión, no pudiendo aplicar el grado mínimo” y acto seguido, en el inciso final de este considerando expresa: “**Considerando la extensión del mal causado**, la pena de prisión que el imputado deberá cumplir será la de 30 días”.

Lo importante de este fallo es que para graduarse la pena a imponer se tuvo en consideración lo que denomina “la extensión del mal causado” pese a que en la especie no existe una víctima que fuere persona física sino que por tratarse de un delito de peligro, la víctima es la colectividad toda;

56 Publicada en Jurisprudencia de Sistema Computacional de Lexis Nexis, del art. 69 Cód. Penal.

57 Publicada en el Boletín del Ministerio Público N° 01, de mayo de 2001, pág. 27.

58 Causa Ruc N° 0200067649-K, por delito de robo con sorpresa.

59 Publicada en el Boletín del Ministerio Público N° 15, de julio de 2003, pág. 15.

60 Causa Ruc N° 0200156314-1 RIT N° 30-2003, Publicada en el Boletín del Ministerio Público N° 15, de julio de 2003, pág. 12.

- 8.- Sentencia dictada el 03 de mayo de 2003 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca⁶¹ en caso de homicidio simple en grado de frustrado, cuyo considerando 14º) expresa “que, por último, haciendo aplicación del artículo 69 del ya citado Código Penal- **y en razón de la extensión del mal producido por el delito**, la pena resultante de presidio menor en su grado máximo será impuesta en su parte más alta”;
- 9.- En sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas⁶², el 29 de agosto de 2003, en caso de delito de robo con intimidación, es destacable la prevención del Juez don Luis Enrique Álvarez Valdés. En dicha sentencia, se condenó al acusado a la pena de cinco (5) años y un (1) día de presidio mayor en su grado mínimo y el Juez sr. Álvarez fue de parecer de aplicar la pena de seis (6) años de presidio mayor en su grado mínimo “...teniendo especialmente presente la peligrosidad del actuar delictivo del imputado, el que se demuestra al haber concurrido en horas de la madrugada, armado de un cuchillo al local comercial Aniper, con intención dolosa; **de haber utilizado la intimidación en una mujer de 71 años de edad, la cual no pudo repeler el ataque cobarde de que era víctima**. Haciendo expresa constancia que en los delitos de robo con intimidación, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no guarde relación alguna el valor, la entidad o la naturaleza de la especie sustraída. Y asimismo que de acuerdo a las declaraciones del propio imputado, se desprende el desprecio hacia la integridad y bienes ajenos. Antecedentes todos que hacen, para este sentenciador, no merecedor al imputado del beneficio que significa aplicar el mínimo de la pena para el delito que se trata. **Teniendo presente que la legislación nacional entrega, precisamente al Juez del fondo, la facultad de recorrer las penas, en atención a cada caso en particular**”. Si bien esta sentencia no cita entre sus fundamentos legales al artículo 69, antes citado, no es menos cierto que esta prevención está acorde con sus disposiciones, en especial, a la desmedrada situación de la víctima en cuanto a poder repeler una acción en su contra como la ocurrida en este caso;
- 10.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas el 14 de enero de 2004⁶³ en donde se condenó al acusado a la pena de 541 días de reclusión menor en su grado mínimo por su responsabilidad en carácter de autor en cuasi-delitos de homicidios y lesiones con ocasión del volcamiento de un bus que conducía. En el N° 3 de su considerando 16º) razona que para aplicar la pena “se tendrá presente lo señalado en el artículo 69 del Código citado -penal- en lo que se refiere a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, y para ello tiene en consideración que el actuar descuidado del acusado ocasionó la muerte de tres personas y numerosos heridos graves y menos grave”;
- 11.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas el 05 de febrero de 2004⁶⁴, en donde se condenó al acusado a la pena de 9 años de presidio mayor en su grado máximo por su responsabilidad en carácter de autor del delito de violación a una anciana sordomuda de 87 años de edad y uno de los elementos que se tuvo presente por los juzgadores fue lo señalado en el artículo 69 del Código Penal;
- 12.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas el 29 de marzo de 2004⁶⁵ que condenó al acusado a una pena por delito de violación y dos penas por delitos de estafas, razonando en el considerando 41º) que el Tribunal tendrá presente lo señalado en el artículo 69 del Código Penal en cuanto a la mayor o menor extensión del mal causado por el delito;
- 13.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas el 30 de marzo de 2004⁶⁶ en donde se condenó al acusado por su responsabilidad en carácter de autor en cuasi-delitos

61 Causa RUC N° 0200070252 RIT N° 8-2003, Publicada en el Boletín del Ministerio Público N° 15, de julio de 2003, pág. 79.

62 Causa RUC N° 0300081972-6 y RIT N° 14-2033 por delito de robo con intimidación y ofensas a Carabineros.

63 Causa RUC N° 0300111553-6, RIT N° 31-2003. Cuasi delito de homicidios y de lesiones de distinta gravedad.

64 Causa RUC N° 0300038341-3 RIT N° 36-2003, por delito de violación, publicada en el Boletín N° 4, abril 2005 de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos del Ministerio Público, Pág. 14.

65 Causa RUC N° 0300063276-6, RIT N° 5-2004.- Delitos de violación y estafas.

66 Causa RUC N° 03000102505-7, RIT N° 6-2004.- Cuasi-delito de Homicidio y Cuasi-delito de lesiones.

- de homicidio en dos personas y lesiones en otras dos personas causados en colisión de dos vehículos, uno de los cuales conducía. En el N° 3 de su considerando 16°) razona que para aplicar la pena se tuvo en consideración la disposición del artículo 69 del Código Penal en que el “actuar descuidado del acusado ocasionó la muerte de dos personas y lesiones menos graves a otras dos”;
- 14.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas el 04 de junio de 2004⁶⁷ en que condenó a un acusado como autor y, a otro, como cómplice en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, razonando en su considerando 16°) que en la determinación de la pena se tendrá presente lo señalado en el artículo 69 del Código Penal. Ello es importante pues, en la especie, se trató de un delito de peligro, en donde no existe un sujeto pasivo individual;
- 15.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas el 09 de junio de 2004⁶⁸ en donde se condenó al acusado a la pena de 7 años de presidio mayor en su grado mínimo por su responsabilidad de autor en delito de homicidio simple, razonándose en su considerando 13°) que “en el procedimiento ha quedado establecido que el acusado atentó en contra del bien jurídico de mayor valía, es decir, la vida humana, por lo que su actuar doloso, provocó en la persona de la víctima y la de su familia, un mal irrecuperable...”;
- 16.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas el 29 de julio de 2004⁶⁹ en donde se condenó al acusado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio como autor de cuasidelito de homicidio y de lesiones graves. En su considerando 11°) razonan que para la imposición de la pena se tendrá presente lo señalado en el artículo 69 del Código Penal y “en consideración que el actuar descuidado del acusado ocasionó la muerte de una persona y lesiones graves a otra”;
- 17.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Rancagua el 18 de noviembre de 2004⁷⁰, en donde se condenó al acusado a 7 años y 183 días por su responsabilidad en carácter de autor del delito de homicidio calificado y a la otra acusada –cónyuge de la víctima– a la pena de 12 años y 183 días por su responsabilidad en carácter de autor del delito de parricidio. En ambos casos, en grado de frustrado. En su considerando 16°) expresa que se imponen estas penas “atendida la extensión del mal causado por el delito que cometieron los acusados, que es demostrativa del absoluto desprecio que tuvieron por la vida humana, se les aplicará el máximo de la pena permitido por la ley de acuerdo al artículo 69 del mismo Código (Código Penal)...”;
- 18.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt el 10 de enero de 2005⁷¹, en donde se condenó al acusado a la pena de 10 años de presidio mayor en su grado mínimo por su responsabilidad en carácter de autor del delito de violación a una menor. En su considerando 16°) razona que se impone esta pena “atendida la grave extensión del mal producido”;
- 19.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena el 13 de enero de 2005⁷² imponiendo a un acusado pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo y, a otro acusado, pena de presidio perpetuo calificado, teniendo en consideración que víctimas de los delitos fueron dos niños menores de edad, “cuyas vidas se han visto terriblemente afectadas por los hechos con graves consecuencias psicológicas y familiares...”;

67 Causa RUC N° 0300098329-1, RIT N° 19-2004.- Tráfico Ilícito de Estupefacientes.

68 Causa RUC N° 0300135387-9, RIT N° 20-2004.- Homicidio Simple.

69 Causa RUC N° 0300182426-K, RIT N° 38-2004.- Cuasidelito de Homicidio y Cuasidelito de Lesiones.

70 Causa RIT N° 67-2004, por delito de homicidio calificado y de parricidio, ambos en grado de frustrado, publicada en el Boletín del Ministerio Público, N° 23, Página 47.

71 Causa RUC N° 0400083140-4 RIT N° 31-2004, por delito de violación, publicada en el Boletín del Ministerio Público, N° 23, junio 2005, Pág. 104.

72 Causa RUC N° 213-2004, por delitos de robo con intimidación y violación, publicada en Boletín del Ministerio Público, N° 22, marzo 2005, Pág. 60.

- 20.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Angol el 04 de febrero de 2005⁷³, en donde se condenó al acusado a la pena de 7 años de presidio mayor en su grado mínimo por su responsabilidad de autor del delito de violación impropia reiterada y de estupro reiterado. Pena impuesta, como se señaló en el considerando 18º), aumentada en un grado en atención a la extensión del mal causado;
- 21.- Sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Castro el 21 de febrero de 2005⁷⁴, en procedimiento abreviado, en que se condenó al acusado a la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, atendido el daño causado a la menor víctima;
- 22.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción el 06 de marzo de 2005⁷⁵ en donde se condenó al acusado a la pena de 6 años de presidio mayor en su grado mínimo por su responsabilidad en carácter de autor en el delito de violación, en dos oportunidades, a un menor. En su considerando 15º) dejó “constancia que para el quantum específico de la pena que se aplicará, se ha considerado la extensión del mal causado por los delitos que se traduce en un daño psicológico que requerirá de terapias prolongadas para borrar sus perniciosos efectos”;
- 23.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Copiapó el 24 de marzo de 2005⁷⁶, en donde se condenó -entre varios- a un menor de edad por su responsabilidad en carácter de coautor en un delito de robo con homicidio, a la pena de 10 años de presidio mayor en su grado mínimo, atendiendo a la extensión del mal causado, como se razonó en el considerando 25º);
- 24.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Calama el 11 de abril de 2005⁷⁷ en donde se condenó al acusado a la pena de 14 años de presidio mayor en su grado medio por su responsabilidad en carácter de autor en delito de violación de una menor y en su considerando 24º) al razonar sobre la determinación de la pena, la funda en lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, haciendo expresa mención al daño psicológico producido por el delito a la menor víctima;
- 25.- Sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Temuco el 25 de junio de 2005⁷⁸, en juicio abreviado, en donde se condenó a Jorge Lavanderos Illanes por su responsabilidad en carácter de autor en delitos de abusos sexuales, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo. Pena que le fue impuesta en el máximo permitido por este procedimiento y que fue la solicitada por el Fiscal acusador, teniéndose en consideración, como lo expresa el penúltimo párrafo de su considerando 9º) que “para determinar la pena del acusado Lavandero el Tribunal tendrá en consideración la naturaleza del delito investigado, circunstancias de comisión y **la extensión del daño causado a las víctimas...**”;
- 26.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas el 04 de julio de 2005⁷⁹ en donde se condenó al acusado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio como autor de cuasidelito de homicidio. En su considerando 10º) razonan que para la imposición de la pena se tendrá presente lo señalado en el artículo 69 del Código Penal y “en consideración que el actuar del acusado ocasionó la muerte de una persona”;

⁷³ Causa RUC N° 0300061444-K RIT N° 67-2004, delitos de violación impropia reiterada y estupro reiterado, publicada en el Boletín N° 4, abril de 2005 de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos del Ministerio Público, Pág. 195.

⁷⁴ Causa RUC N° 0400121640-1 RIT N° 459-2004, por delito de violación, publicada en el Boletín del Ministerio Público, N° 23, junio 2005, Página 21.

⁷⁵ Causa RUC N° 04000171089-9 RIT N° 1-2005, por delitos de violación, publicada en el Boletín N° 4, abril 2005 de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos del Ministerio Público, Pág. 40.

⁷⁶ Causa RUC N° 0310005699-1 RIT N° 135-2004, por delito de robo con homicidio, publicado en el Boletín N° 4, abril de 2005, de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos del Ministerio Público, Pág. 233.

⁷⁷ Causa RUC N° 0400114077-4 RIT N° 8-2005, por delitos de violación, publicado en el Boletín N° 4, abril de 2005, de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos del Ministerio Público, Pág. 120.

⁷⁸ Causa RUC N° 0400157898-2 RIT N° 4150-2004.

⁷⁹ Causa RUC N° 0400336418-1, RIT N° 37-2005.- Cuasidelito de Homicidio.

27.- Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco el 20 de octubre de 2005⁸⁰ en donde se condenó al acusado a la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado medio por su responsabilidad como autor del delito de violación. En su considerando 11º) razona que “se impondrá la sanción que se estima más condigna con la naturaleza y carácter del delito cometido, la importancia del bien jurídico vulnerado –indemnidad sexual de la víctima– y al mayor daño causado por el delito”.

80 Causa RUC N° 0400459591-8, RIT N° 89-2005. Delito de violación.

COMENTARIOS SOBRE EL ART. 4° DE LA LEY 20.084

MARÍA ELENA SANTIBÁÑEZ TORRES

Directora Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos

Fiscalía Nacional – Ministerio Público

SILVIA PEÑA WASAFF

Abogada Asesora

Fiscalía Nacional – Ministerio Público

La Ley N° 20.084, de 7 de diciembre de 2005, que establece un nuevo sistema de justicia penal para adolescentes, incluye entre sus normas una disposición relativa a algunos de los delitos contra la integridad y libertad sexuales. Se trata del art. 4° de dicha ley, cuyo contenido y alcances constituye el objeto de este análisis.

Ante todo, debe decirse que su inclusión en la citada ley no parece adecuado, puesto que implica una modificación de los tipos penales de los delitos que menciona, por lo que su correcta ubicación sistemática debería haber sido en el respectivo título del Código Penal. Debe hacerse presente que este defecto sistemático dista mucho de ser una cuestión puramente académica, sino que presenta graves inconvenientes prácticos, ya que para conocer el tipo penal *integral* de los respectivos delitos deberá atenderse no sólo a lo que dispone el Código del ramo, sino que también lo que dispone el art. 4° de la Ley N° 20.084.

Hecha esta primera aclaración, corresponde ahora analizar el contenido de la norma en cuestión, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 4°. Regla especial para delitos sexuales. No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quater del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concorra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos”.

Para una mejor ordenación de las materias que afecta la citada norma, la dividiremos en los siguientes apartados:

1. SENTIDO GENERAL DE LA NORMA:

La finalidad que se persigue con la norma en cuestión es resolver algunos problemas que se han presentado en la práctica como consecuencia del aumento de la edad a partir de la cual se puede disponer libremente del ejercicio de la actividad sexual, en virtud de la Ley 19.927, de 14 de enero de 2004. Dicha ley fijó ese límite en los catorce años, mientras que anteriormente era de 12 años. Pues bien, dado que, en términos generales, el inicio de la actividad sexual se está produciendo antes de esa edad⁸¹, se han presentado casos de relaciones sexuales consentidas por parte de menores de 14 años, que hacen penalmente responsable al copartícipe en ellas, por cuanto dicho consentimiento es jurídicamente irrelevante. Así, algunos de esos casos han terminado en condenas, pero en otros se ha echado mano a instituciones como el

81 Particularmente frecuente es el caso de menores mujeres de trece años, como lo demuestra la enorme cantidad de embarazos que se producen a esa edad, lo que plantea una situación un poco delicada para el personal médico de los servicios de salud, que estarían obligados a denunciar en todos esos casos la existencia de un delito.

error de tipo o, en ciertos casos más recientes, al error de prohibición, como forma de evitar una condena que aparece como injusta, con las consecuentes distorsiones que ello produce en el sistema.

Por lo tanto, la norma del art. 4° pretende dar solución a tales casos introduciendo una eximente que beneficia a los hechores cuando entre ellos y su copartícipe en la relación sexual media una diferencia inferior a dos o tres años, según sea el delito de que se trate⁸². Nótese que la terminología que emplea la ley no es clara, pues dice que “no podrá procederse penalmente”, cuando en realidad de lo que se trata es que no se aplicará una pena, por lo que se trata, sin lugar a dudas, de una norma sustantiva y no procesal como podría sugerirlo la redacción empleada⁸³.

En consecuencia, la naturaleza de la eximente es la de una excusa absolutoria. No cabe hablar de justificación, porque ello equivaldría a otorgar valor jurídico al consentimiento del menor de 14 años, lo que no ocurre, pues la exención sólo se otorga en atención a la escasa diferencia de edad entre la “víctima” y su “agresor”, pero no porque disminuya la protección penal a los menores de esa edad.

2. RANGO ETARIO DE APLICACIÓN DE LA NORMA:

Si bien la norma se refiere expresamente sólo a la edad de la víctima y no a la del agresor –salvo en cuanto a la diferencia máxima de edad respecto a la víctima–, del contexto de la ley se desprende que *ella se aplica solamente a hechores entre 14 y 17 años*, dado que a partir del día en que cumplan los 18 años, quedan sujetos al Derecho Penal común, esto, es, el que se aplica a los mayores de edad.

En cuanto a la víctima, ha de tratarse de una persona menor de 14 años, aunque este límite, como veremos al tratar cada uno de los delitos específicos a que se refiere la norma que comentamos, tampoco está exento de problemas. Por otra parte, teniendo en cuenta la diferencia máxima de edad que debe existir entre la supuesta víctima y el hechor, así como el tope de edad de este último para quedar cubierto por la eximente, la aplicación de la norma se estrecha bastante, como veremos al tratar los delitos en particular que ella menciona.

3. DELITOS QUE COMPRENDE LA NORMA:

Los delitos en cuestión son los siguientes:

- a) Violación impropia o violación de menor de 14 años (art. 362).
- b) Actos de sodomía con menores de edad (art. 365).
- c) Abuso sexual contra menores de 14 años (art. 366 bis), y
- d) Abuso sexual impropio o exposición de menores a actos de significación sexual (art. 366 quater).

Tratándose de estos delitos, la disposición en comento señala que cuando ellos sean cometidos por adolescentes entre 14 y 18 años, y la víctima tenga respecto a ellos una diferencia de edad no superior a dos o tres años –según el delito concreto cometido– el hecho no será perseguible criminalmente, a condición de que no concorra ninguna de las modalidades comisivas propias de la violación del art. 361 C.P. ni del estupro del art. 363 C.P. Esto significa que el hecho no se debe haber cometido mediante fuerza ni intimidación, ni

82 Con esto, la ley recoge una tendencia que se abre camino en el Derecho Comparado, si bien la edad de la víctima y la diferencia de edad respecto al hechor pueden presentar variaciones: así, en el Código austríaco, el límite etario está fijado en los 13 años y la diferencia de edad con el hechor, en tres años (§§ 206, 207 y 208), lo mismo que en el italiano (art. 609 quater); en el suizo, en cambio, la edad límite son los 16 años de edad, y la diferencia de edad con el hechor es de tres años (art. 186.2).

83 Así lo dicen expresamente los códigos extranjeros que sirvieron de modelo a la norma en comento.

cuando la víctima se halla privada de sentido ni aprovechando su incapacidad para oponer resistencia, ni tampoco cuando se abusa de su estado de enajenación o trastorno mental. Del mismo modo, tampoco opera la exigente cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que no alcance a constituir enajenación o trastorno, ni cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral, ni cuando se abusa del grave desamparo en que ella se encuentra o se la engaña, abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

Aún reconociendo que la exención de pena que establece la disposición en comento, trata de resolver un problema práctico originado por el aumento de la protección penal de los menores en materia sexual, no deja de presentar ciertos inconvenientes, tanto desde el punto de vista técnico como político-criminal. Por de pronto, si bien la exención de pena se justifica en el caso de la violación impropia y en el del abuso sexual del art. 366 bis, por cuanto se trata de actos propios de una relación amorosa *mutuamente* consentida, su conveniencia resulta más dudosa en lo que concierne al delito del art. 366 quater, en el cual, por los mismos verbos rectores que emplea la ley para describir la conducta punible, la víctima aparece más bien como un receptor pasivo de las acciones que despliega el agente, lo que hace difícil suponer la existencia de un vínculo afectivo entre ambos, sin que pueda tampoco descartarse del todo.

A fin de facilitar una mejor comprensión de los posibles problemas que pueden presentarse con respecto a cada uno de los delitos que menciona la disposición en comento, nos referiremos a cada tipo penal en particular:

A) VIOLACIÓN DE MENOR DE EDAD.

La diferencia máxima de edad (entre el supuesto agresor y la supuesta víctima) exigida por la ley para que opere la exigente, es de sólo dos años en el caso de este delito, lo que incide en un margen bastante estrecho para su aplicación, lo que, si bien constituye un avance, no resuelve todos los casos que pudieran presentarse, puesto que en el fondo las relaciones sexuales consentidas por parte de menores de 14 años sólo pueden darse entre menores de 12 ó 13 años y varones de 14 y 15, ya que con otras combinaciones de edad se excede la diferencia máxima de dos años que exige la ley, o bien queda fuera del rango etario para que opere la exigente.

Una forma de obviar este problema sería rebajar la edad límite de 14 a 13 ó 12 años para que los menores puedan consentir válidamente en una relación sexual, pero sería volver a la situación anterior a la reforma introducida por la Ley N° 19.927⁸⁴. Esto sería más consecuente con las tendencias internacionales de países de tradición similar a la nuestra, y es, por lo demás, la modificación propuesta en la Comisión que actualmente estudia la reforma del Código Penal (que propone 12 años como edad límite).

Otra solución sería elevar la diferencia de edad entre agresor y víctima, de acuerdo a lo que se señala por doctrina autorizada, incluso en el mismo DSM IV (a propósito de la definición de pedofilia), hasta los tres o cuatro años. Esto es, considerando siempre al agresor con una edad inferior a 18 años⁸⁵.

84 Debe hacerse presente que, especialmente en el ámbito europeo, la edad límite se ha fijado en edades aún mayores, como ocurre, por ejemplo en Francia (15 años), y Suiza (16 años).

85 El DSM-IV TR (2003) acuña una diferencia de edad de tipo clínica cuando realiza la definición de pedofilia, estableciendo que «el individuo con este trastorno debe tener 16 años o más y ha de ser por lo menos 5 años mayor que el niño», en el criterio C de su diagnóstico. Por otro lado, como concepto de asimetría de edad, está la definición que realiza Cantón J. y Cortés M. en su *“Guía para la evaluación del abuso sexual infantil”* (Madrid, 2000), quienes establecen que «el contacto sexual entre un adolescente y un niño más pequeño también se puede considerar abusivo cuando exista una disparidad significativa de edad (5 o más años)». Otra definición la da la organización “Save The Children” en un informe elaborado en mayo de 1998 para la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, donde se refiere al abuso sexual como «*los contactos e interacciones entre un niño y un adulto, cuando el adulto (agresor) usa al niño para estimularse sexualmente él mismo, al niño o a otra persona. El abuso sexual*

B) ACTOS DE SODOMÍA CON MENORES DE EDAD.

La normativa de la ley de responsabilidad penal juvenil incurre en un error al hacer referencia a este tipo penal, pues el tramo de edad requerido por la víctima de este delito es entre 14 y 18 años, de manera que nunca nos encontraremos frente a la hipótesis propuesta por el artículo 4° en el sentido que se trate de un menor de 14 años, hipótesis en la cual se trataría de una *violación sodomítica*, subsumible en el artículo 362.

Si lo que persigue el legislador es requerir una diferencia de edad de, a lo menos, tres años entre agresor y víctima de este delito, debe cambiarse la redacción de la norma, a fin de que no deje lugar a dudas de que nos encontramos en el supuesto delictivo del artículo 365, esto es, cuando la víctima es *mayor de 14 años*, restringiéndose entonces la posibilidad de aplicar la eximente a los casos en que la víctima tiene 14 años y el agresor, 17.

Si nos parecía apropiada la diferencia de edad en el caso de la violación del artículo 362, con mayor razón debemos reconocer la conveniencia de introducir esta exigencia en este tipo penal, que gran parte de la doctrina aboga derechamente por derogar, aludiendo a su supuesta inconstitucionalidad, cuestión que compartimos plenamente.

C) ABUSO SEXUAL INFANTIL.

La modificación propuesta para este tipo penal nos parece sumamente satisfactoria por las mismas razones señaladas a propósito del artículo 362. Todavía resulta más destacable que en este caso la diferencia de edad se extienda a tres años, porque es un hecho incluso mucho más frecuente que la violación, dado que las caricias propias de una relación sentimental harían incurrir en delito a todo aquel que mantiene tales relaciones con un menor de 14 años, aunque no lleguen a la intimidad sexual propiamente tal.

Cabe señalar que en este tipo penal, la redacción propuesta parece correcta porque efectivamente el artículo 366 bis se refiere a menores de catorce años.

D) ABUSO SEXUAL IMPROPIO.

Tal como señalamos precedentemente, la aplicación de la eximente es más dudosa en este caso, porque no parece responder a las mismas consideraciones político-criminales que justifican su aplicación en los delitos de violación impropia y abuso sexual propiamente tal, cual es el hecho de relaciones afectivas mutuamente aceptadas entre víctimas menores de 14 años y hechores escasamente por encima de esa edad.

también puede ser cometido por una persona menor de 18 años, cuando ésta es significativamente mayor que el niño (la víctima) o cuando (el agresor) está en una posición de poder o control sobre otro menor. Los abusos sexuales se definen a partir de dos grandes conceptos: el de coerción y el de la diferencia de edad entre agresor y víctima. "La coerción (con fuerza física, presión o engaño) debe ser considerada por sí misma criterio suficiente para que una conducta sea etiquetada de abuso sexual del menor, independientemente de la edad del agresor", según Félix López, catedrático de Sexología y uno de los mayores expertos del país sobre la materia. Por otra parte, la diferencia de edad impide la verdadera libertad de decisión y hace imposible una actividad sexual común, ya que los participantes tienen experiencias, grado de madurez biológica y expectativas muy diferentes. "Esta asimetría supone en sí misma", explica el profesor López, "un poder que vicia toda posibilidad de relación igualitaria". A propósito de la posibilidad de conductas abusivas en jóvenes esta organización plantea: "Los que cometen abusos sexuales son, con frecuencia, personas jóvenes de menos de 18 años; así en un estudio realizado en Inglaterra, se advirtió que el 30% de los agresores tenían menos de 18 años; otros estudios han demostrado, asimismo, que hasta un 50% de los agresores adultos cometieron su primer delito o agresión antes de cumplir los 18 años. Por último, puede citarse la definición de Echeburúa, E. y Guerricaecheverría, C. en su libro *Abuso sexual en la infancia, víctimas y agresor* (Barcelona, 2000): "En lo que se refiere a la edad, algunos especialistas exigen para considerar la existencia de abuso sexual que el agresor sea mayor que el menor con una diferencia de 5 años cuando éste tenga menos de doce, y de diez años, cuando supera dicha edad (Finkelhor 1979, López 1992)".

En todo caso, cabe señalar que la referencia al artículo 366 quater debe entenderse hecha específicamente a sus dos primeros incisos, toda vez que el inciso final se refiere a víctimas menores de edad pero mayores de 14 años.

Como consideración final y retomando lo señalado a propósito del delito de violación, estimamos que a debe uniformarse la diferencia de edad exigida entre los distintos tipos penales para entender que las conductas son constitutivas de delito, en este caso creemos que debe optarse por el margen superior propuesto por la ley, esto es tres años a lo menos.

4. SUCESIÓN DE LEYES PENALES:

La disposición del art. 4° de la ley que comentamos plantea el problema de determinar si se dan los presupuestos para la aplicación del art. 19, N° 3, de la Constitución Política, desarrollado por el art. 18 del Código Penal, en el sentido de que, aún tratándose de casos ocurridos con anterioridad a su promulgación –ocurrida el 28 de noviembre de 2005–, corresponde aplicarla retroactivamente por ser la ley más favorable. Lo mismo es válido para los casos que se produzcan después de promulgada la ley y antes de su entrada en vigencia, el 7 de junio de 2006.

La respuesta a esta pregunta no es tan simple, puesto que, aunque a primera vista pareciera que el art. 4° de la Ley N° 20.084 es más favorable por eximir de pena a los hechores que presentan respecto a la víctima una diferencia de edad no mayor a la que esa norma menciona, debe tenerse presente que antes de esa fecha tales personas no podían ser castigadas por ser inimputables, ya absolutamente, en el caso de los menores de 16 años, ya relativamente, en el caso de los mayores de 16 y menores de 18, dependiendo de si se consideraba que habían actuado con o sin discernimiento. En consecuencia, si el hechor tiene menos de 16 años, queda igualmente exento de pena, tanto si se aplica la antigua la ley o la nueva, aunque por razones distintas; en cambio, para hechores entre 16 y 18 años, *que sean declarados con discernimiento*, la nueva ley es más favorable que la antigua, puesto que, de acuerdo con esta última, el hecho no sólo es punible, sino que se aplican las penas propias del Derecho Penal de adultos. Esta situación cambiará, sin embargo, a contar de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084, a partir de la cual regirá íntegramente el nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil.

LA REINCIDENCIA COMO AGRAVANTE DE RESPONSABILIDAD PENAL

ANDRÉS PACHECO BASTÍAS

Abogado Asesor

Fiscalía Regional VIII Región – Ministerio Público

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto proporcionar un documento de fácil acceso para los fiscales, a fin que puedan consultar sobre los principales problemas que se suscitan en la aplicación de la agravante de reincidencia y algunos temas relacionados. Con tal objeto se pretendió sintetizar tales problemas, enunciar las posibles soluciones y establecer las diversas posiciones, tanto a nivel doctrinario como de la jurisprudencia, a fin de, en lo posible, contar con una visión actualizada y práctica de esta agravante.

Para ello, se ha procurado refundir en este documento las diversas tesis doctrinarias y jurisprudenciales, sus principales argumentos y la cita de la fuente, a fin de evitar afirmaciones genéricas. Respecto de los fallos citados, éstos se encuentran debidamente individualizados y se pueden obtener de la base de datos de LexisNexis, de la página del Poder Judicial, de la base de datos de la página de jurisprudencia del Ministerio Público y aquellos que no están en formato electrónico, se indica la respectiva publicación.

Por último, se advierte de una tendencia localista en la elección de los fallos de los Tribunales Orales en lo Penal, por cuanto este trabajo ha sido elaborado en el contexto de los procesos de trabajo y discusiones jurídicas de la Fiscalía Regional de la VIII Región. En todo caso, al contener fallos de la Corte Suprema y opiniones de los diversos autores, hacen que no pierda su utilidad para el resto de las Regiones.

TEMAS:

I.- Reincidencia:

- a) Fundamentos de la agravante.
- b) Ámbito de aplicación en general.
- c) 12 N° 14: aplicación particular y non bis in ídem.
- d) 12 N° 15: aplicación.
- e) 12 N° 16: aplicación y bienes jurídicos de la misma especie.

II.- Temas relacionados con la ley 18.216 y otros:

- a) Cumplimiento efectivo de la pena.
- b) Artículos 90 y 91 del C.P.
- c) Prescripción de los antecedentes pretéritos para efectos de la remisión condicional y libertad vigilada.
- d) Agravante del art. 18 ley 19.856.

I.- REINCIDENCIA

A) FUNDAMENTOS DE LA AGRAVANTE

Previo al examen particular de las diversas clases de reincidencia, se ha considerado necesario ilustrar, brevemente, acerca de los fundamentos de la reincidencia y las tendencias del derecho penal contemporáneo respecto de esta agravante. Esto, para poder entender las diversas posiciones jurisprudenciales que existen al respecto, sobretodo, a nivel de fallos de T.O.P. versus fallos de Corte Suprema.

El fundamento clásico, ya señalado por **Carrara**, radica en el hecho que aquel que ha sido condenado y ha sufrido el castigo, o sea, una pena; y que, sin embargo, vuelve a delinquir, demuestra que tal castigo ha sido insuficiente para persuadirlo de abstenerse de cometer nuevos delitos⁸⁶. Por lo mismo, esto le agregaría un componente de mayor peligrosidad al sujeto, lo que justificaría la exasperación de la pena. En otras palabras, la agravación de la sanción se relaciona con los objetivos perseguidos por la pena: se impone una sanción más severa al reincidente, por cuanto evidencia mayor peligrosidad.⁸⁷

Tales fundamentos han sido criticados por un amplio sector de la doctrina. Objetan que no debe recordarse un delito castigado y que imponer una pena más grave a causa de aquel era violar el principio non bis in idem⁸⁸. Al respecto, Cury⁸⁹ destaca que de ser aceptable tal fundamento, sólo sería aplicable a la reincidencia propia o verdadera, pues sólo en ella tendría sentido el razonamiento de Carrara, no así respecto de la reincidencia impropia, pues en ella no hay cumplimiento de la pena, o sea, no se ha sufrido aún el castigo.

Los críticos de esta agravante, o más bien, de sus fundamentos, sostienen que ella no es compatible con el derecho penal de la culpabilidad, pues prescinde por completo de ésta y descansa únicamente sobre exigencias de prevención crudamente intimidatorias. Se agrega que si el fundamento es que el castigo sufrido no fue suficiente para hacerlo desistir de nuevos afanes delictuales, de la misma forma podría cuestionarse la idoneidad de la pena para resocializar al sujeto. En otras palabras, el mismo argumento lo invierten y señalan que el hecho que un sujeto que ha sufrido el rigor de una pena, y a pesar de ello vuelve a delinquir, no implica necesariamente una mayor peligrosidad o persistencia en su designio criminoso, sino que el volver a delinquir estaría demostrando la falta de idoneidad de la pena en orden a resocializar al sujeto. En España, autores contemporáneos⁹⁰ señalan que ante el fracaso (de la pena) parece poco oportuno que el ordenamiento jurídico reaccione, a su vez, "reincidiendo" en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención, precisamente, a través de la misma sanción que fracasó ya con anterioridad. El medio más apropiado para conseguir estas finalidades no será ciertamente el aumento de la cantidad de la sanción retributiva que ya fracasó, sino la aplicación de una sanción distinta más que agravar la pena del reincidente.

En nuestro país, Cury, refiriéndose al fundamento de la mayor peligrosidad del sujeto, sostiene que tal agravante, a lo sumo, podría implicar una medida de seguridad, pero jamás una exasperación de la pena que exceda de los límites de la culpabilidad por el acto.

Por otro lado, hay autores que van más allá del mero ámbito penal-político criminal, y consideran que la reincidencia es claramente inconstitucional⁹¹, pues va contra el principio de responsabilidad (o culpabilidad) por el hecho. En efecto, si la agravante se fundamenta en el desprecio permanente del reincidente de los bienes jurídicos penalmente protegidos, a pesar de haber sufrido castigo por tales quebrantamientos, esto le daría un componente de mayor peligrosidad. Luego, esta característica no puede agravar la pena, pues esto

86 Curso de Derecho Penal. Vivian Bullemore, t. II, p. 177

87 Derecho Penal. Garrido Montt., t. I, p. 213

88 Bullemore. Ob. Cit. T. II, p. 177-178

89 Derecho Penal. Enrique Cury, t. II, p. 137.

90 Gonzalo Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código Penal Español, p. 744

91 Juan Bustos. Manual de Derecho Penal. Parte General, p. 376.

nos lleva a un derecho penal de autor, ya que estamos sancionando a un sujeto por una característica de desprecio por el acatamiento de las normas, que asumimos lo hace más peligroso. A lo más, esta característica podría servir para determinar la forma de ejecución de la pena. En definitiva, estiman que para una culpabilidad por el hecho,- significativa de que no debe considerarse otra cosa que el hecho delictivo,- no importa una mayor culpabilidad, en principio, la circunstancia de haber sido el infractor ya condenado con anterioridad.⁹²

Sobre este punto, el profesor Manuel Rivacoba y Rivacoba,⁹³ analizando el principio de culpabilidad en el Código Penal Chileno, concluye que la culpabilidad en nuestro Código es culpabilidad por el acto, no por la conformación de la personalidad ni por la conducción de su vida, no obstante, reconoce que este principio está limitado por una serie de excepciones, entre ellas, las agravantes de reincidencia. Para Jorge Mera Figueroa⁹⁴, la excepción más relevante en nuestra legislación sustantiva al derecho penal de acto, es la agravante de reincidencia. “Se agrava la responsabilidad del sujeto, no en atención a una intensificación del injusto o de la culpabilidad en relación con el hecho que motiva la condena, sino en consideración a su comportamiento anterior, el que ya fue objeto del correspondiente reproche y sanción”.

En definitiva, no hay que perder de vista que éstas son las opiniones que se vierten en doctrina y que tales opiniones pudieran influir en la aplicación práctica que los tribunales hagan de la agravante en cuestión, básicamente, a la hora de restringir su aplicación. Al respecto, y como corolario, ilustrativo resulta lo señalado por Cury: “*Así pues, es preciso concluir, resignadamente, que la reincidencia es una agravante sin fundamentos, que permanece suspendida en el vacío de unas normas positivas injustificables. Por eso debe ser bienvenido todo cuanto se haga por excluirla de la ley en vigor*”⁹⁵

En consecuencia, lo cierto, es que nuestro ordenamiento jurídico contempla la reincidencia como agravante en los numerales 14, 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal, y como derecho positivo que es, debe aplicarse.

B) ÁMBITO DE APLICACIÓN

1.- Crímenes, simples delitos y Faltas.

Un sector de la doctrina, mayoritario al parecer, sostiene que la agravante de reincidencia se aplica indistintamente a Crímenes, Simples Delitos y Faltas. En consecuencia, el nuevo hecho puede constituir cualquiera de estas categorías de tipo penal. En todo caso, se hace necesario precisar que los diversos autores que adscriben a esta postura señalan que la agravante se aplica a Crímenes, Simples Delitos y Faltas, por cuanto la ley no distingue y se refiere en general a “delito” o “delitos”, sin dar mayores argumentos. Igualmente, se precisa que de los diversos textos, se puede observar que esta afirmación la hacen al tratar la agravante del 12 N° 14⁹⁶. y algunos al referirse al N° 15⁹⁷. Pero el argumento es el mismo para todas las clases de reincidencia; que el legislador no distingue al utilizar el concepto “delito”, el que por el artículo 3 del C.P. contempla las tres categorías.

92 Enrique Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, parte general, p. 148

93 El Principio de Culpabilidad en el Código Penal Chileno, en Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, en celebración del centenario del Código Penal Chileno, p. 49 y ss.

94 Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno, p. 141-142.

95 Cury. Ob. Cit., t.II, p. 139

96 Garrido Montt, t. I, p. 216; Labatut, t.I, p. 235 (este autor incluso se refiere al caso en que la primera conducta es constitutiva de falta); Cury, t. II, p. 141 (aunque agrega que tal regulación es criticable); Texto Y Comentario del Código Penal Chileno (Obra dirigida por S. Politoff y L. Ortiz.) T.I, p. 209.

97 Garrido Montt, t. I, p. 216 y Texto Y Comentario del Código Penal Chileno (Obra dirigida por S. Politoff y L. Ortiz.) T.I, p. 212

Labatut⁹⁸, en todo caso, plantea el problema señalando que respecto de considerar las condenas por faltas para la concurrencia de la agravante de reincidencia, por lo menos de la propia⁹⁹, existen pareceres encontrados y describe someramente los argumentos en uno y otro sentido: a favor de la aplicación de la agravante respecto de las faltas está el concepto amplio de “delito” y que si el 104 excluyó las faltas, fue únicamente porque habría tenido que establecer para ellas un plazo demasiado breve lo que en la práctica se traduciría en la imposibilidad de considerarlas para tales efectos. En contra, el hecho que si bien las faltas están comprendidas en el concepto delito, no es menos cierto que el trato de éstas difiere del dado a los simples delitos y crímenes, además, la exclusión que de ellas hace el 104. Este autor agrega que la jurisprudencia, en especial la Corte Suprema, se han inclinado a favor de esta última posición, pero no cita fallos.

Sin embargo, Etcheberry¹⁰⁰ plantea una postura en contrario, pues sostiene que aunque la expresión “delito” es amplia y que el art. 3º comprende bajo esta denominación a los crímenes, simples delitos y faltas, la agravante de reincidencia no sería aplicable a estas últimas. Señala argumentos de historia fidedigna y el tenor del artículo 104, que establece los plazos de prescripción de la reincidencia propia, refiriéndose sólo a los crímenes y simples delitos. Concluye que ello significa que la reincidencia sólo se refiere a los crímenes y simples delitos, pues de otra manera se llegaría al absurdo que cuando la condena anterior es por falta, ésta no prescribiría nunca y seguiría agravando la responsabilidad penal del agente para siempre. También argumenta con el D.L. 645 (de 1925) que creó el Registro General de Condenas, que en su art. 2º señala que servirá “para comprobar la reincidencia” y el art. 3º ordena inscribir todas las condenas “por crímenes y simples delitos”. Nótese que, actualmente, se incluyen algunas faltas¹⁰¹. En el mismo sentido de Etcheberry, aunque sin ahondar en mayores argumentos, Politoff, Pierre Matus y Ramírez.¹⁰²

Etcheberry vuelve sobre el tema, ahora desde su obra *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*.¹⁰³ Señala: *“No es pacífica la cuestión relativa a si las condenas por falta pueden o no tomarse en cuenta para los efectos de la reincidencia. La doctrina nacional no es tampoco categórica al respecto. En principio, el texto del art. 12, números 14, 15 y 16, se refiere genéricamente a “delito” o “delitos”, expresión que de acuerdo con el art. 3º comprendería crímenes, simples delitos y faltas.”* Luego, este autor indica las normas en juego y refiriéndose al hecho que el artículo 104 sólo se refiere a los crímenes y simples delitos, expresa que ello puede conducir a dos interpretaciones opuestas, una que implique que no hay prescripción para la condena anterior por falta, o bien, que la omisión de las faltas en el 104 se debe a que el legislador entendió que éstas estaban excluidas de la reincidencia en general. En seguida, este autor cita variada jurisprudencia¹⁰⁴ en que se discutió la reincidencia en casos de hurto falta y hurto simple. En la gran mayoría fue desechada la agravante.

A modo de conclusión, se puede observar que la discusión se presenta con mayor énfasis respecto de las agravantes del 12 N° 15 y 16, pues justamente a ellas se refiere el artículo 104 del C.P., que se presenta como el argumento más poderoso para excluir a las faltas.

2.- Cuasidelitos.

Acá la discusión es si la reincidencia sólo rige para los delitos o también para los cuasidelitos. Las opiniones se encuentran divididas. Así, para **Etcheberry**¹⁰⁵, la respuesta es negativa.

98 Derecho Penal, t.I, p. 230-231

99 Para este autor, la discusión se daría respecto del 12 N° 15 y 16, no así respecto del N° 14, donde pareciera ser más nítida la situación.

100 Derecho Penal. Parte General. Tomo II, pág. 32-33 (tercera edición-1998)

101 494, N° 19, 494 bis y 495, N° 21, del Código Penal

102 Lecciones de Derecho Penal, Parte General, p. 519, nota al pie número 94.

103 Tomo I, p. 399 (reimpresión 2ª edición-2002)

104 Ob. Cit., páginas 413 y ss.

105 Ob. Cit. tomo II, pág. 34

Para este autor, la voz “delito” se emplea, en el art. 2º, en sentido restrictivo, como opuesta a los cuasidelitos, de modo que la condena por cuasidelito no sería suficiente para dar origen a la reincidencia. Refuerza esta interpretación el hecho que ninguna de las agravantes del art. 12 del C.P. se aplican a los cuasidelitos, lo que parece indicar que tampoco ocurre con la reincidencia. Por último, ésta sería la solución que más se aviene con la razón de ser de la agravante, que se relaciona con el desprecio mostrado por el delincuente hacia el derecho, lo que no ocurre con los cuasidelitos, donde no hay una actitud de rebeldía hacia el derecho, sino un descuido o negligencia. Garrido Montt¹⁰⁶ coincide con Etcheberry y agrega que aunque la ley no lo dice, el fundamento que se tuvo para incorporar la reincidencia entre las agravantes, es que se demostraría mayor malignidad del sujeto activo, lo que no sucede en los cuasidelitos. Así lo resolvió un fallo¹⁰⁷ de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 23/08/1973, que señaló que “los cuasidelitos no están comprendidos en la expresión “delito” contemplada en el art. 12 N° 16 del Código Penal”.

Otro sector de la doctrina, representado por **Novoa**¹⁰⁸ y **Labatut**¹⁰⁹, sostienen que la reincidencia se aplica a los cuasidelitos entre si, pero no a cuasidelitos y delitos. En efecto, para estos autores no es posible aplicar la reincidencia a un delito en relación a un cuasidelito (o viceversa) pues tales hechos punibles responden a distintas especies de culpabilidad y no existe entre ellos nexo alguno que justifique la agravación. Por el contrario, cuando la reincidencia se produce entre dos o más cuasidelitos, se inclinan por la procedencia de la agravante, porque el reincidente revela con su conducta imprudente o negligente un profundo desprecio hacia las normas de convivencia social.

Por último, **Cury**¹¹⁰ señala las diversas posiciones doctrinarias que existen sobre el tema y no coincide con ninguna. Para él, con arreglo a la ley vigente es imposible sustraer el delito culposo a la eficacia agravatoria de la reincidencia. Le responde a Etcheberry que el artículo 1º del C.P. contiene el concepto de delito en general, válido tanto para los dolosos como para los culposos. El art. 2º, a su vez, se limita a puntualizar la distinción que existe entre las dos formas del hecho punible, pero sin establecer un contraste entre la regulación aplicable a cada una de ellas. Agrega, que de acogerse la tesis de Etcheberry sería preciso concluir que tampoco se aplican al delito culposo las causales de inimputabilidad o la atenuante de irreprochable conducta anterior, y nadie suscribe tales conclusiones. Por consiguiente, para este autor, una institución no es aplicable al cuasidelito sólo cuando la ley expresamente lo dispone o cuando es inconciliable con su naturaleza, como ocurre por ejemplo con la tentativa o participación criminal. Termina señalando que es deseable excluir la reincidencia del catálogo de agravantes, tanto para los dolosos como los culposos, pero pasa por un tema de *lege ferenda*.

3.- Comunicabilidad.

Atendido su carácter eminentemente personal, esta agravante no se comunica a los partícipes en quienes no concurre (art. 64).

4.- Prescripción.

Veremos que por el artículo 104 del C.P. la reincidencia del artículo 12 números 15 y 16 prescriben en 5 ó 10 años, dependiendo si se trata de simples delitos o crímenes. Hay que tener presente que el cómputo del plazo de prescripción se realiza desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, no desde la fecha de la sentencia condenatoria. Por ello, cobra importancia acreditar la fecha en que se cometió el delito que origina la reincidencia, fecha que normalmente no consta en el extracto de filiación.

106 Ob. Cit. Tomo I, pág. 220-221

107 RDJ, 70, 2ª parte, sec. 4ª, p. 93.

108 Curso de Derecho Penal Chileno, t. II, p.103.

109 Derecho Penal, t. I., p. 234

110 Tomo II, p. 145

Por otro lado, se hará presente la norma contenida en el artículo 99 del C.P., que se refiere a la interrupción de la prescripción¹¹¹ por la comisión de un nuevo crimen o simple delito. Esta norma señala que la prescripción se interrumpe por la comisión de un nuevo delito, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, sin perjuicio que comience a correr otra vez.

Luego, es posible que la condena que sirva para la reincidencia, se refiera a un hecho de hace más de 5 ó 10 años, por lo cual, en principio podría estar prescrita. Sin embargo, si entremedio el sujeto cometió otro delito, que no sirve para la reincidencia, este nuevo delito sí sirve para interrumpir la prescripción. Por ejemplo, "x" comete homicidio el año 1992 y es condenado a 5,1 de pena efectiva. El año 2004 comete un nuevo homicidio, pero como han transcurrido 12 años, en principio habría operado la prescripción del 104 para efectos de la agravante del 12 N° 16. Sin embargo, si el sujeto cometió un robo o un hurto el año 1996 (por el cual es condenado), ese año se interrumpió la prescripción del homicidio, quedando sin efecto el tiempo transcurrido hasta la fecha y comienza a correr nuevamente el plazo. En consecuencia, la prescripción del homicidio se interrumpió el año 1996 y el segundo delito se cometió el año 2004, por lo que han transcurrido 8 años. Conclusión: no ha prescrito la agravante de reincidencia, a pesar que cronológicamente han transcurrido 12 años.

En todo caso, se hace presente que se podría discutir la aplicabilidad de esta norma al 104, por cuanto se podría sostener que el artículo 99 sólo se aplica a la prescripción de la pena (art. 97) y no a la denominada prescripción de la reincidencia. En efecto, el 104 señala que no se tomarán en cuenta estas agravantes después de 5 ó 10 años, dependiendo si se trata de simples delitos o crímenes, respectivamente. En consecuencia, podría argumentarse que para que opere el 104, sólo basta el trascurso de los 5 ó 10 años, sin que se le aplique la institución de la prescripción de la reincidencia.

5.- Sentencia Extranjeras.

Para Politoff y compañía¹¹² la regla general es que no debieran tomarse en consideración, salvo la existencia de un tratado internacional, como es el caso del artículo 310¹¹³ del Código Internacional Privado, más conocido como Código de Bustamante. Cury¹¹⁴ señala que de conformidad con el derecho, actualmente en vigor, para la reincidencia en general deben tenerse en cuenta también las condenas pronunciadas en el extranjero y que a este respecto rige el artículo 310 del referido Código.

En todo caso, se debe tener presente lo dispuesto en la ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes, que en su artículo 21 señala: *"Para determinar si existe reincidencia en los delitos castigados en esta ley, se considerarán las sentencias firmes dictadas en un Estado extranjero, aún cuando la pena impuesta no haya sido cumplida".*

C) REINCIDENCIA IMPROPIA O FICTA.¹¹⁵

La agravante del artículo 12 N° 14 se denomina de esta manera, por cuanto en ella no hay cumplimiento de la pena. Por lo mismo, algunos estiman que esta agravante es una especie de recidiva que se produce cuando el delincuente comete un nuevo delito sin haber todavía acabado de cumplir la pena impuesta

111 Como se observará, se podría discutir la aplicabilidad de esta Institución a la prescripción del 104.

112 Ob. Cit., p. 520, nota al pie número 95.

113 "Art. 310 . Para el concepto legal de la reiteración o de la reincidencia, se tendrá en cuenta la sentencia dictada en un Estado extranjero contratante, salvo los casos en que se opusiere la legislación local."

114 Tomo II, pág. 145.

115 Este factor de agravación es original del texto nacional y su incorporación fue aprobada en la sesión 138, a indicación del señor Fabres, con ocasión de estudiarse el texto definitivo del actual artículo 91 del Código. Actas de la sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, página 497.

al delito anterior. Por eso es que su gravedad sería menor que la de la reincidencia verdadera, ya que al no haber cumplido aún la pena, no existe el efecto disuasivo de la pena¹¹⁶. Sin embargo, otros estiman que se trata de una discusión estéril y sin base científica.¹¹⁷ Cury¹¹⁸, si bien se refiere al debate, lo considera algo obsoleto e inconsistente. En todo caso, lo concreto es que el Código Penal contempla tanto la reincidencia ficta como la propia.

Esta norma contempla dos hipótesis:

- a) Cometer el delito mientras cumple una condena.
- b) Cometer el delito después de haberla quebrantado (la condena) y dentro del plazo en que pueda ser castigado.

a) Cometer el delito mientras cumple una condena.

a 1) La doctrina ha limitado la aplicación de esta hipótesis a los incisos I y IV del artículo 91 del C.P., lo que ha sido acogido por la jurisprudencia. En efecto, respecto de esta 1ª hipótesis del 12 N° 14, se ha entendido que es posible en los casos del inciso I y IV del artículo 91. En los otros casos, habría infracción al non bis in idem. Así, opinan Garrido (t. I, p.215) Labatut (t.I, p.26), Etcheberry (t. II, p. 30-31), Cury (t. II, p.141). El argumento es porque el artículo 91 en los incisos II y III exaspera las penas, lo que impide la doble agravación. En cambio, los incisos I y IV se limitan a establecer el orden en que deben cumplirse. (Politoff, Matus y Ramírez, t. I, p. 522, nota al pie N° 101)

En consecuencia, para determinar el ámbito de aplicación de esta agravante, hay que relacionarla con lo señalado en el artículo 91 del C.P. y, al respecto existe consenso en doctrina en orden a que procedería la agravación de la pena en los casos en que quien comete el nuevo delito se encuentra cumpliendo la condena anterior y solamente en las situaciones señaladas en los incisos I y IV del referido art. 91.

a 2) Por otro lado, no ofrece relevancia la clase de condena que se encuentre cumpliendo, salvo que se trate de una de carácter pecuniario, pues “La agravante se extiende también al quebrantamiento de sanciones que consistan en inhabilitaciones o suspensiones de derechos”.¹¹⁹ En el mismo sentido se pronuncia Cury¹²⁰, él que señala que como la ley se refiere a quien está “cumpliendo una condena”, la agravación únicamente podrá tener lugar si la pena impuesta por la condena primitiva es de aquellas cuya ejecución se prolonga en el tiempo. No sólo se encuentran en este caso las privativas y restrictivas de libertad, sino también las privativas de derechos (inhabilidades, suspensiones). Se excluye, en cambio, las pecuniarias (multa, comiso). También se pronuncia en el mismo sentido Künsemüller¹²¹, al realizar los comentarios respecto del alcance de esta agravante.

a 3) Igualmente, hay consenso en orden a que esta agravante no procede en los casos que el condenado haya sido favorecido con alguno de los beneficios de la ley 18.216, por cuanto se ha entendido que no se está cumpliendo la condena, la que se encontraría suspendida. Desarrollaremos este tema más adelante.

a 4) Distinto es el caso de aquel que se encuentra cumpliendo con libertad condicional, pues al ser esta una forma de cumplimiento de condena, si es procedente la agravante. De hecho, la mayor cantidad de casos en que se aplicado esta agravante, es en aquellos en que el sujeto se encuentra cumpliendo en libertad condicional y comete un nuevo delito.

116 Garrido Montt, t. I, p. 214.

117 Labatut, t. I, p. 233.

118 Tomo II, p. 136-137.

119 Garrido Montt, t. I, p. 216.

120 Cury, t. II, p. 141.

121 Texto y Comentario del Código Penal Chileno (Obra dirigida por S. Politoff y L. Ortiz.) T.I, p. 209.

b) Cometer el delito después de haberla quebrantado (la condena) y dentro del plazo en que pueda ser castigado.

La doctrina, de manera mayoritaria, ha estimado que esta agravante carece de aplicación en la práctica. Esto, por lo preceptuado en el artículo 90 del Código Penal que establece, al decir de estos autores, que quien quebrante una condena comete un delito sui géneris, amenazado con una pena propia. Por lo tanto, el hecho del quebrantamiento, que ha de servir de base para la imposición de esta pena sui géneris, no puede tomarse en cuenta nuevamente a fin de configurar la agravante, pues ello implicaría una violación al non bis in idem.¹²²

Sin embargo, también hay autores que opinan en sentido contrario, así, Labatut¹²³ refiriéndose a ésta, y sin mayores cuestionamientos respecto de su procedencia o aplicación, señala: “Cuando ésta sobreviene después de haberse quebrantado la condena anterior, la agravante no puede tomarse en cuenta sino durante los plazos de prescripción de la pena, establecidos en el art. 97. No es otro el sentido de la frase “y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento”, que emplea la disposición en estudio.”

Los autores Poitoff, Pierre Matus y Ramírez¹²⁴ manteniendo una posición más bien neutra, señalan: “Aunque se ha discutido la aplicabilidad práctica de esta circunstancia, que aparece en el artículo 91 del C.P. como fundamento para imponer las penas por el quebrantamiento de condena, buena parte de la jurisprudencia parece entender la idea de que dichas “penas” no son tales, sino sólo “medidas administrativas”, que no son óbice para imponer la agravación aquí referida”

Por otro lado, Novoa¹²⁵ entiende que el artículo 90 del C.P. no tipifica como nuevo delito el quebrantamiento y las medidas en el señaladas no serían penas, sino más bien medidas legales destinadas a impedir nuevos quebrantamientos o poner fin al cometido, destacando que el referido art. 90 no se encuentra en los libros del Código Penal que tratan de los delitos.

Es justamente la opinión de este último la que ha prevalecido en cierta jurisprudencia que ha estimado procedente aplicar la agravante del artículo 12 N° 14 del C.P. Al respecto, la E. Corte Suprema se ha inclinado en varias oportunidades por la aplicación de esta agravante, así, podemos señalar los siguientes fallos:

- 1.- De fecha 01/09/1998, **causa rol 2379-98**. Aquí, el Fiscal Judicial de la I. Corte de Antofagasta interpuso recurso de casación en el fondo en contra del fallo de 2° grado que desechó la agravante referida. La Corte Suprema, integrada por los Ministros Guillermo Navas, Alberto Chaigneau, Enrique Cury, José Luis Pérez y Abogado Integrante Álvaro Rencoret, acoge el recurso, eso sí, con el voto en contra del Ministro Cury. En lo pertinente, la Corte resolvió:
- 9°.- Que, en estas condiciones, es dable sostener que el hecho de cometer un delito después de haber quebrantado una condena y dentro del plazo en que puede castigarse el quebrantamiento, constituye –ciertamente– la agravante en estudio que, por ende, no es letra muerta ni se contrapone a la norma del artículo 63 del Código Penal, pues –como se dijo– los incisos 1° y 4° de su artículo 91 no imponen castigo, sólo regulan o imparten normas relativas a la manera de cumplir las condenas respectivas –la quebrantada y la nueva que se aplique– en términos que no afectan ni empecen a la agravante correlativa;
- 10°.- Que, en otro orden de ideas, del tenor literal de los artículos 12 N° 14 y 90 del Código Punitivo, se puede concluir que el castigo por el quebrantamiento propiamente dicho –que algún tratadista no considera pena sino más bien una medida legal para impedirlos (E. Novoa) o que alguna jurisprudencia equipara a «medidas extraordinarias de seguridad» y «encaminadas a aumentar la rigurosidad de las penas»– lo es sin perjuicio de la procedencia de la modificatoria de responsabilidad en estudio, comoquiera que uno y otro

¹²² Cury, t. II, p. 140 y 390; Garrido, t. I, p. 215; Etcheberry, t. II, p. 31; Künsenmüller, ob. Cit., t. I, p. 209.

¹²³ Derecho Penal, t. I, p. 235-236.

¹²⁴ Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p.520

¹²⁵ Curso de Derecho penal Chileno, t. II, p. 91 y 92- 401

precepto operan sobre bases y para casos diversos, están llamados a regir cuestiones disímiles. En efecto, mientras el artículo 90 está referido, exclusivamente, al no acatamiento o inobservancia de una pena ya impuesta, esto es, al quebrantamiento, la agravante mencionada –aun cuando lo comprende– alude a una situación diferente. No sólo adicional, sino que, también posterior: vale decir, al hecho de cometer un delito y hacerlo después de haber quebrantado y dentro del plazo en que puede castigarse dicho quebrantamiento. Consecuentemente, es claro que –amén de la coexistencia legal o positiva de tales figuras– nada obsta para que aquel que se encuentre en el caso del artículo 12 N° 14 del Código del ramo, pueda ver agravada su responsabilidad en el delito respectivo y, al mismo tiempo, ser sancionado por el quebrantamiento en que incurre. Luego, ambas situaciones son, esencialmente, distintas y, de consiguiente, no pueden ser consideradas como una sola ni se produce, entonces, colisión alguna con el artículo 63, en cuanto éste se orienta a impedir que un mismo o idéntico hecho, sea motivo de un doble juzgamiento, cuyo no es el caso;

- 2.- De fecha 11/12/1998, **causa rol 3284-98**¹²⁶. Aquí, la Fiscal Judicial de la I. Corte de Concepción interpuso recurso de casación en el Fondo en contra del fallo de 2° grado que desechó la agravante referida. La Corte Suprema, integrada por los Ministros Guillermo Navas, José Benquis, Alberto Chaigneau, Enrique Cury y José Luis Pérez, casa de oficio la sentencia, y en lo que respecta a la agravante en estudio señaló, nuevamente con el voto en contra del Ministro Cury, en el considerando 11, lo siguiente:

“Que, por otra parte, del tenor literal del artículo 12 N° 14 del Estatuto Criminal, se puede concluir que el castigo por el quebrantamiento, que algún tratadista no considera pena sino más bien medidas legales para impedir nuevos quebrantamientos (E. Novoa) o que alguna jurisprudencia equipara a “medidas extraordinarias de seguridad durante el cumplimiento de las penas impuestas por sentencias ejecutoriadas y encaminadas a aumentar la rigurosidad de éstas”, es sin perjuicio del carácter de agravante cuando se haya cometido un delito después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento, lo que se demuestra con la existencia simultánea de la agravante y del castigo por el quebrantamiento.

En definitiva, el legislador considera que la persona que ha quebrantado una sanción puede ser sancionada por el quebrantamiento, disponiendo para ello una simple medida de castigo disciplinario, y para el evento que delinca nuevamente, después de dicho quebrantamiento, este nuevo hecho, distinto del anterior, constituye la agravante. Ambas situaciones son absolutamente diferentes y no pueden ser consideradas una sola. Por su parte, el artículo 63 del Código Penal, pretende que un mismo hecho no puede ser juzgado dos veces.”

- 3.- De fecha 03/05/2001, **causa rol 3610-2000**. Aquí, La I. Corte de Antofagasta aplicó la agravante del artículo 12 número 14 y 16. La defensa de uno de los condenados recurrió de casación. La Corte Suprema, integrada por los Ministros Alberto Chaigneau, Enrique Cury, José Luis Pérez y los Abogados Integrantes Fernando Castro y Álvaro Rencoret, rechaza el recurso, y en lo que respecta a la agravante en estudio señaló, nuevamente con el voto en contra del Ministro Cury, lo siguiente:

“DÉCIMO: Que para efectuar un adecuado análisis de la concurrencia de la agravante señalada por el N° 14 del artículo 12 del Código Penal, se debe tener presente que el artículo 91 del citado código trata el caso de los que después de haber sido condenados por sentencia ejecutoria cometieren algún crimen o simple delito durante el tiempo de su condena, bien sea mientras la cumplen o después de haberla quebrantado.... En su inciso primero señala únicamente la forma en que deberá cumplirse la pena primitiva y la que corresponda al nuevo delito, que se hará en el orden que el tribunal prefije, de

126 Publicado en Fallos del Mes, N° 481, Diciembre de 1998, página 2748 (no disponible en formato electrónico). Se trata del conocido caso de violación con homicidio de la menor Eliana Yáñez por Juan Zenón Soto Campos.

acuerdo a las normas del artículo 74 del Código Penal cuando se impongan varias penas al delincuente. En su inciso segundo y tercero trata la situación de penas perpetuas que se estaban cumpliendo o fueron quebrantadas y fija una sola pena especial que cubre la responsabilidad que proviene de ambos delitos. Es posible, por tanto, concluir de la lectura de esta disposición que, en el primer caso, no se impone pena alguna al procesado que comete un nuevo delito cuando quebranta otro y que, en cambio sí se hace cuando se trata de penas perpetuas.

UNDÉCIMO: *Que, de lo ya dicho es posible inferir que el cometer un delito después de haber quebrantado una condena y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento, constituye una agravante que puede ser aplicada y que no se contrapone con la norma del artículo 63 del Código Penal, pues los incisos primero y cuarto del artículo 91 de ese cuerpo legal constituyen disposiciones que sólo regulan la manera de cumplir las sentencias respectivas.*

DUODÉCIMO: *Que, en definitiva, el legislador considera que la persona que ha quebrantado una sanción pueden ser castigada por el quebrantamiento, disponiendo para ello una simple medida de castigo disciplinario y para el evento que delinca nuevamente, después de dicho quebrantamiento, este nuevo hecho distinto del anterior constituye una agravante. Ambas situaciones son diferentes y no pueden ser consideradas una sola. Por tanto, tampoco en este caso alegado ha existido error de derecho, pues después de haber sido condenado por sentencia ejecutoria en la causa, la pena que se imponga por el nuevo delito, cuyo es el caso, admite la concurrencia de la agravante del número 14 del artículo 12 del Código Penal y no tienen el efecto de establecer un nuevo tipo penal equivalente a la agravante prevista en términos que impida su aplicación, en atención a lo normado por el artículo 63 del Código Punitivo, puesto que no se ha violado el principio non bis in idem, ya que no ha existido un aumento del castigo por un mismo hecho.*

4.- De fecha 24/04/2003, **causa rol 254-2003**. Este fallo lo veremos más adelante porque se refiere a que debe entenderse por quebrantamiento, pero en el considerando 4º señala: “El quebrantamiento es considerado por muchos autores una infracción administrativa o disciplinaria, y no un delito propiamente tal, lo que permite su aplicación como agravante sin violentar el non bis in idem; pero esto no implica el desconocimiento de la necesidad de que para su configuración concurren los elementos subjetivos del dolo, que son, como se ha dicho, el conocimiento y la voluntad.”

La sala estaba integrada por los Ministros Alberto Chaigneau, Enrique Cury, José Luis Pérez, Milton Juica y Nivaldo Segura. Nótese que aquí el Ministro Cury no manifestó su disidencia.

5.- Respecto de que debe entenderse por quebrantamiento, hay un interesante fallo de la E. Corte Suprema¹²⁷ que casó la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Arica¹²⁸. Los hechos: un sujeto se encontraba condenado y cumpliendo con libertad condicional. Posteriormente, le es revocada la libertad condicional. El sujeto no es habido y queda prófugo. Durante este tiempo y después de la revocación, comete un nuevo delito, que es justamente el que origina este fallo. Pues bien, La I. Corte de Apelaciones había dejado de aplicar la agravante del artículo 14, señalando que no se daba ninguna de las 2 hipótesis del referido N° 14, pues respecto de la primera argumentó que no se encontraba cumpliendo condena “*toda vez que el beneficio de la libertad condicional que le fuera concedido por resolución exenta N° 134 le había sido revocada con fecha 16 de abril de 1998.*” (El nuevo delito lo cometió el 07/07/2002).

127 Rol 254-2003

128 Rol 105.893-2002

Respecto de la segunda hipótesis señaló:

“Que del mismo modo indicado en el párrafo anterior no le afecta la segunda hipótesis de la agravante en estudio, atento a que no ha habido quebrantamiento de la condena, sino que lisa y llanamente incumplimiento de la misma, que es una situación distinta, pues en la primera supone dejar de cumplir una condena estando en prisión, a través de la fuga, o dejar de cumplir con los requisitos que le impone la concesión de algún beneficio alternativo de cumplimiento, como la libertad vigilada, remisión condicional, reclusión nocturna, libertad condicional o permisos otorgados por la autoridad administrativa, situaciones que no se dan en la especie, ya que como se dijo, a la sentenciada le había sido revocado el beneficio de la libertad condicional y sólo le quedaba entrar a cumplir con el saldo de su condena. En definitiva, se encontraba en la misma situación de aquella persona que es condenada y nunca se presente a cumplirla siendo declarada rebelde, respecto de la cual no se puede hablar de quebrantamiento.”

La Fiscal Judicial de la Corte interpuso recurso de casación en contra de esta última sentencia, estimando que en ésta hubo error de derecho al dejar de aplicarse la agravante del artículo 12 N° 14. La E. Corte Suprema, acogiendo el recurso, señaló en sus considerandos 4° y 5°:

“4.- Que el quebrantamiento de condena consiste en que el condenado interrumpe voluntariamente su cumplimiento, dejando de someterse a las exigencias que le son impuestas por la ley, en general, y la judicatura, en concreto, como consecuencia del hecho punible del que ha sido partícipe. Así, en el caso de una pena privativa de libertad, la fuga del recinto penitenciario en donde se la esté cumpliendo implica el quebrantamiento de la condena impuesta, por parte del sentenciado. Quien esté beneficiado por algún modo de cumplimiento alternativo de la pena, como es la libertad condicional en el caso sub lite, debe, a su vez, someterse a ciertas exigencias para que efectivamente esté cumpliendo la pena, en libertad, pero como el nombre mismo de la institución lo dice, condicionalmente, esto es, bajo ciertos requerimientos especiales a los que no puede faltar y que se le han de dar a conocer con anticipación a la exigencia de su sometimiento a ellos; sólo de esta manera podremos hablar de un incumplimiento realmente voluntario, en el sentido de que no se puede «querer» hacer algo sino en la medida en que se lo conoce. El quebrantamiento es considerado por muchos autores una infracción administrativa o disciplinaria, y no un delito propiamente tal, lo que permite su aplicación como agravante sin violentar el non bis in idem; pero esto no implica el desconocimiento de la necesidad de que para su configuración concurren los elementos subjetivos del dolo, que son, como se ha dicho, el conocimiento y la voluntad.

5°.- Que Churacutipa Vilca faltó a los requerimientos mencionados en el considerando anterior, concurriendo en ella el conocimiento y la voluntad de quebrantamiento, lo que hace aplicable a la especie el artículo 90 del Código Penal. Confirma esta idea la resolución que, con fecha dieciséis de abril de mil novecientos noventa y ocho, le revocó la libertad condicional. Pero dicha resolución no es la que da lugar al quebrantamiento. Ella tan sólo reconoce una situación de hecho frente a la que la autoridad competente reacciona de la manera en que se lo impone la legislación vigente y con la velocidad que el conocimiento de la realidad y sus funciones se lo permiten. Así también, la sola revocación no pone fin al quebrantamiento de parte de la condenada, sino que éste subsiste hasta que ésta puede volver a ser aprehendida para continuar cumpliendo con su condena, efectivamente privada de libertad, en el establecimiento penitenciario correspondiente. Ese es el sentido de que se requiera su notificación; trámite que en este caso no pudo ser llevado a cabo pero que, en todo caso, en nada modifica el hecho del quebrantamiento, el cual es independiente de él. A mayor abundamiento, resulta a lo menos cuestionable, no sólo jurídicamente, sino que también desde una perspectiva de sentido común, que quien delinque mientras incumple las condiciones que le son impuestas como requisitos para el otorgamiento de un beneficio que le permite dar por terminada su condena, se encuentre en mejor pie que quien lo hace mientras da fiel cumplimiento a tales exigencias.”

Ante la variada jurisprudencia que existe al respecto, se ha optado por citar la del máximo tribunal, pues a nivel de Cortes de Apelaciones hay fallos en uno y otro sentido y a nivel de Tribunales Orales en lo Penal¹²⁹, la tendencia pareciera inclinarse por no aplicar la agravante en cuestión, pues estiman que habría infracción al non bis in idem, según lo señalado por la doctrina precedentemente citada. Así puede constatar-se del Código Penal, Jurisprudencia en el Nuevo Sistema de Justicia Criminal.¹³⁰ Igual tendencia se ha manifestado en los Tribunales Orales de la Región, especialmente del TOP de Concepción, donde los casos en que se ha acogido la agravante del artículo 14, ha sido por su primera hipótesis, esto es, casos en que se comete el nuevo delito mientras se cumple una condena.¹³¹

En todo caso, en la Región hay fallos de TOP que la han acogido, así por ejemplo, con fecha 30/09/2005 el TOP de Chillán¹³² en su considerando decimotercero señaló: *“El Tribunal acoge la agravante genérica establecida en el artículo 12 N° 14 del Código Punitivo, esto es, cometer el delito mientras se cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento, por encontrarse acreditado, con la documental incorporada por el persecutor, que Escobar Garrido interrumpió voluntariamente el cumplimiento de las penas privativas de libertad, impuestas en las causas rol N° 45.675 y N° 62.739, del Tercer Juzgado del Crimen de Concepción y del Primer Juzgado de Letras de Angol, respectivamente, las que concluían el 7 de diciembre del 2005, al fugarse del Centro de Detención Preventiva de Los Angeles el 18 de Octubre del 2004, dejando de esta forma de someterse a las exigencias impuestas por la ley y la judicatura. Por consiguiente la agravante que nos ocupa, operó por la sola circunstancia de perpetrarse el delito de robo con violencia objeto de este juicio oral. A mayor abundamiento, se debe tener presente que la agravante en estudio no se colisiona con lo dispuesto en el artículo 63 del Código Punitivo, ya que los incisos 1° y 4° del artículo 91 del mismo cuerpo legal no asignan castigo alguno, sólo regulan las normas relativas al orden de cumplir las condenas respectivas, la quebrantada y la nueva que se imponga.”*

En el mismo sentido, también el TOP de Chillán, causa Rit 17-2004¹³³ y pronunciado por los jueces , Jorge Quintana Miranda, Jorge Muñoz Guíñez y subrogante legal Waldemar Koch Salazar.

Igualmente, el TOP de Concepción¹³⁴ acogió esta agravante, aunque señaló en el considerando 22: *“Se deshecha en este punto el argumento de su defensor en cuanto a que no puede acogerse la agravante sin violar el principio denominado “ne bis in idem”, por cuanto no se probó de ninguna forma, más allá del mero dicho del acusado, que haya cumplido efectivamente con la sanción impuesta”*. A contrario sensu, debería entenderse que estos sentenciadores no habrían aplicado la agravante si se hubiese acreditado el cumplimiento de la “pena” por el quebrantamiento y que, en consecuencia, adscriben a la doctrina que estima que el art. 90 del C.P. tipifica un delito. Otros fallos del TOP de Concepción han desechado la agravante cuando está pendiente la resolución del quebrantamiento, como se verá en seguida.

En contra, se pueden mencionar los siguientes fallos:

Del TOP de Concepción¹³⁵: *“Que contrariamente a lo sostenido por el Ministerio Público, estos jueces son de parecer que no concurre en esta situación la agravante invocada teniendo en consideración los*

129 A pesar que sus fallos no constituyen jurisprudencia, pues no son tribunales superiores de justicia.

130 Rodrigo Cerda San Martín y Francisco Hermosilla Iriarte. Editorial Librotecnia, páginas 78 y ss.

131 En su gran mayoría, casos en que el acusado estaba cumpliendo en libertad condicional.

132 Rit 58/2005. Fiscal Marcia Venegas y Pablo Fritz. Sala integrada por Gonzalo Bustos García, Jorge Quintana Miranda y Claudia Montero Céspedes.

133 Fiscal Ana Aldana.

134 Rit 90.2004. Fiscal Andrea Rocha. Sala integrada por Carmen Duran Vergara, Ana María Hernández y Adolfo Cisterna Pino.

135 Rit 92-2005. Fiscal Julio Contardo. Sala integrada por Rafael Corvalán Pazols, Ana María Hernández Hulin y Viviana Iza Miranda.

siguientes argumentos: en este caso lo incumplido por parte de Robledo Carrasco son las obligaciones propias del beneficio de salida dominical que se le había concedido, situación que efectivamente constituye el delito de quebrantamiento de condena, sin embargo, tal situación no puede producir el efecto de aumentar la pena dado que, por sí misma, tal circunstancia conforme a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal constituye un delito penado por la ley, que por lo mismo puede ser perseguido como tal, constando además, de los antecedentes incorporados por la defensa que esto fue objeto de sanción administrativa, que se puso en conocimiento de la Fiscalía y que la norma del artículo 63 del Código Penal está inspirada en la finalidad de evitar una doble penalización por un mismo hecho, con lo cual se afectaría el principio del non bis in idem, razones todas por las cuales no se acoge la postura de la Fiscalía.”¹³⁶

También el TOP de Concepción¹³⁷: *“Que el órgano persecutor solicitó aplicar al enjuiciado la circunstancia agravante del artículo 12 N° 14 del Código Penal, ya que a la fecha de comisión del delito había quebrantado condena que le fuera impuesta por resolución del Primer Juzgado del Crimen de Concepción en causa Rol N° 50.894, incorporando para tal efecto los documentos consisten en su extracto de filiación y antecedentes, copia autorizada de sentencias de primera y segunda instancia en causa Rol N° 50.894, parte N° 945 emitido por Gendarmería de Chile y Ordinario remitido a fiscalía por el Alcalde del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Concepción. Esta solicitud será desestimada por el tribunal, por cuanto de los propios dichos del fiscal durante la audiencia se acreditó que por ese hecho se formalizó una causa ante el Tribunal de Garantía contra el acusado, y por Oficio Fax N° 13383-2005, se informó a este tribunal que dicha causa está agrupada a la RUC N° 0400120731-3, por lo que estando pendiente la resolución de absolucón o condena respecto del quebrantamiento, no es posible aplicar la agravante en cuestión.”*

D) REINCIDENCIA PROPIA GENÉRICA

Esta clase de reincidencia se denomina propia por cuanto el sujeto ha cumplido la pena, y genérica, porque se refiere a delitos en general, sin que sean de la misma especie. Está regulada en el artículo 12 número 15 y tiene las siguientes exigencias:

1.- Que las condenas anteriores sean por lo menos dos. Así lo indica el texto legal al referirse a “delitos” y así quedó constancia en las actas de la Comisión Redactora.¹³⁸ Además, así lo señala expresamente el artículo 92 N° 2.

2.- Que los delitos que han motivado las condenas anteriores tengan señalada por la ley igual o mayor pena que el delito que motive el nuevo proceso.

Hay consenso en orden a que se trata de la pena señalada por la ley, no la que efectivamente se haya impuesto.¹³⁹ Politoff, Mattus y Ramírez¹⁴⁰ señalan que en todo caso, la comparación ha de hacerse con las

136 Mismo sentido fallo Rit 13-2005, pronunciado por Rojas, Solís y María verdugo. “DUODECIMO: Que, no perjudica al acusado Iragorri la circunstancia agravante del N° 14 del artículo 12 del Código Penal, esto es haber delinquirido después de haber quebrantado una condena, desde que, por disposición del artículo 63 del Código Penal, no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley. Ello es lo que ocurre en la especie, desde que los intervinientes se encuentran contestes en cuanto a que el acusado fue por lo mismo objeto de un proceso penal independiente del presente, imputado como autor del delito de quebrantamiento de condena, motivo por el cual no se accede a la petición del Ministerio Público en tal sentido, por cuanto vulneraría el principio non bis in idem.”

137 Rit 86-2005. Fiscal Juan Yáñez. Sala integrada por Georgina Solís Morgado, María Durán Vergara y Carmen Durán Vergara

138 Sesión 9ª

139 Etcheberry, ob. Cit., t. II, p. 31

140 Ob., cit., t. I, p.520.

penas asignadas por ley (*en abstracto*), sin consideración a las penas efectivamente impuestas. En el mismo sentido Vivian Bullemore¹⁴¹, Garrido¹⁴², Cury¹⁴³, Labatut¹⁴⁴.

Ahora, pudieran surgir eventuales dificultades para determinar que delitos son más graves, cuando la pena asignada está compuesta de varios grados. Así, puede ocurrir que uno de los delitos esté amenazado con una pena cuyo extremo superior es más grave o igual que el del otro, pero que al mismo tiempo, tiene un extremo inferior más benigno. En estos casos, decide sobre la gravedad el extremo más alto de los marcos penales respectivos, pues él señala el límite de la desvalorización a que están sometidos por la norma, y constituye también, en abstracto, una de las posibilidades otorgadas al juez para sancionarlos¹⁴⁵.

3.- Que la pena se haya cumplido efectivamente. Esto, por la expresión “castigado” utilizada por la norma y por lo señalado en el artículo 92 del C.P.¹⁴⁶, que expresamente se refiere a penas cumplidas.

Respecto de este requisito hay que aclarar que se ha entendido porque se haya cumplido efectivamente la pena. Desarrollaremos este tema más adelante.

E) REINCIDENCIA PROPIA ESPECÍFICA.

Está regulada en el artículo 12 N° 16 del C.P. y se denomina específica porque exige que el delito anterior haya sido de la misma especie que el nuevo que se comete. O sea, basta que se trate de un solo delito y no interesa si es de mayor o menor gravedad que aquel por el cual se persigue ahora al sujeto. Es por ello que se sostiene que esta reincidencia es más severa que la genérica, donde se exigen dos delitos de igual o mayor gravedad.

Las exigencias de la reincidencia del 12 N° 16 son las siguientes:

1.- Que haya una condena anterior. Así se desprende del texto legal al referirse a “delito” y de lo preceptuado en el artículo 92 N° 1. Como se dijo, no interesa si esta condena anterior es por un delito de mayor o menor gravedad, como sí ocurría con la reincidencia genérica.

2.- Al igual que con la reincidencia genérica, en la específica se exige que la condena anterior se haya cumplido efectivamente. Sobre este punto hay acuerdo, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, aunque debemos advertir que número 16 del art. 12 y número 1° del art. 92, no hablan de haber sido “castigado”, como sí ocurría respecto de la reincidencia propia genérica (art. 12 N° 15 y art. 92 N° 2). En todo caso, el enunciado del artículo 92 habla de “después de haber cumplido una condena”, lo que según Garrido Montt¹⁴⁷, justificaría su existencia, *pues precisa el sentido del artículo 12 en cuanto alcanza exclusivamente a las hipótesis en que el realizador del nuevo delito ha “cumplido una condena” por otro u otros cometidos con anterioridad, de modo que el hecho de que exista una sentencia condenatoria firme en contra del sujeto no lo coloca en las situaciones del art. 12, porque además debe haber cumplido la pena que en ella se le impuso.*

3.- El delito por el cual se ha condenado ha de ser de la misma especie que aquel por el cual se está persiguiendo al imputado. Determinar que son delitos de la misma especie es un tema muy discutido, donde hay opiniones en diversos sentidos, al igual que fallos, pues la ley no precisa qué debe entenderse por aquellos.

141 Tomo II, pág. 179

142 Tomo I, p. 216

143 Tomo II, p. 142

144 Tomo I, p. 236

145 Cury y Garrido se refieren expresamente al tema.

146 Nótese que la referencia que hace el inciso final de esta norma a los números 14 y 15, debe entenderse hecha a los números 15 y 16. Texto Y Comentario del Código Penal Chileno (Obra dirigida por S. Politoff y L. Ortiz.) T.I, p. 430; Cury, ob. Cit. p. 141, nota al pie n° 224.

147 Ob. Cit., t.I, p. 338

Antes de ver las distintas opiniones, es conveniente precisar que el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal se refería, para efectos de la reiteración de delitos, a los delitos de la misma especie, entendiéndose por éstos los que están penados en un mismo título. Si bien esta definición estaba para los efectos propios del referido 509, se criticó duramente tal disposición, pues llevaba a absurdos tales, como considerar delitos de la misma especie el homicidio y las injurias, y a no considerar de la misma especie el homicidio y el aborto. Por lo mismo, la doctrina en forma casi unánime, estimó que el referido artículo 509 era inaplicable para efectos de la reincidencia.

Hoy, en cambio, el Código Procesal Penal en el artículo 351 también se refiere a los delitos de la misma especie, pero entendiéndose por tales, aquellos que afectan un mismo bien jurídico. Si bien es cierto, el propio 351 señala que tal definición es para efectos de este artículo, o sea, de la reiteración de delitos, por lo que, en principio, tampoco podría extenderse para efectos de la reincidencia. Sin embargo, y como veremos, la propia doctrina, cuando sólo tenía el mencionado artículo 509, ya había introducido el concepto de bien jurídico protegido como un elemento para determinar cuando se está ante delitos de la misma especie para efectos de la reincidencia propia específica, lo que es coincidente con el referido 351.

Cury,¹⁴⁸ parte señalando que hay que desestimar la idea, afirmada en otra época por una parte de la jurisprudencia, con arreglo a la cual “delito de la misma especie” quiere decir “mismo delito”. Esa opinión, que significa confundir la identidad de especie con la de tipicidad, formaliza exageradamente el requisito y, además, no encuentra apoyo en el texto de la ley.

Para este autor, la expresión “especie” debe entenderse en el sentido de naturaleza o esencia, pues de acuerdo a la interpretación que se da usualmente a la reincidencia específica, ella encontraría su justificación en una tendencia del sujeto a profesionalizar su actividad delictiva, incurriendo en infracciones de la misma índole. Razona, en seguida, que al deducirse la naturaleza de los hechos punibles fundamentalmente de su objeto jurídico, el criterio prevalente, en principio, debiera ser que son delitos de la misma especie cuando los tipos correspondientes tienen por objeto la protección de un mismo bien jurídico. Para Cury, este es el punto de partida, pues agrega que también dependerá de la forma que adopte el ataque. Así, señala que aunque la estafa y el robo con intimidación protegen el bien jurídico propiedad, no son delitos de la misma especie (por las evidentes diferencias en la forma en que se ataca el bien jurídico protegido). Este autor, considera que no es exigible la identidad en los móviles del autor, pues ello implica forzar en demasía el sentido de la norma.¹⁴⁹

Respecto de los delitos plurisubsistentes, o sea aquellos cuyo tipo está destinado a proteger dos o más bienes jurídicos, la decisión en orden a considerarlos de la misma especie cobra especial dificultad y no es posible ofrecer reglas firmes para tales situaciones, las que deberán resolverse caso a caso. Aquí, el autor ofrece los siguientes ejemplos, en los que a su juicio, se daría la identidad para considerarlos de la misma especie: malversación de caudales públicos mediante sustracción (233) y el hurto (432) o la apropiación indebida (470 N°1).

También considera que son delitos de la misma especie aquellos en que los bienes jurídicos protegidos son distintos, pero se encuentran conectados de manera que la lesión de uno de ellos presupone necesariamente la del otro. Por tal razón, según Cury, el homicidio es de la misma especie que las lesiones corporales y la violación de la misma especie que los abusos deshonestos (entiéndase, abusos sexuales), pero no del estupro, por la significativa diferencia en el modo de ejecución.

En todo caso, en lo que no existe discusión, es que para la decisión de estimar o no a delitos como de la misma especie, es indiferente el desarrollo del iter criminis o grado de participación. Así, es delito de la misma especie un homicidio tentado y uno consumado, o *la complicidad en el robo con fuerza en las cosas*,

148 Ob. Cit., t.II, p. 143

149 Etcheberry, rectificando su criterio anterior, ahora coincide con Cury. Ob. Cit., t. II, p. 32, nota al pie número 2.

de la misma especie que la autoría en el hurto. Nótese que estos ejemplos los da Cury, por lo que podríamos deducir que para este autor el delito de robo con fuerza en las cosas es de la misma especie que el delito de hurto.

Para **Garrido Montt**¹⁵⁰, al no haber definido el legislador qué debe entenderse por delitos de la misma especie, su interpretación debe hacerse normativamente, así, cuando se habla de delitos de la misma especie, se hace referencia a hechos de naturaleza semejante, no necesariamente iguales, lo que se puede determinar atendiendo a dos factores: los bienes jurídicos protegidos por los respectivos tipos penales y las modalidades de su ejecución. Ejemplifica este autor: *“así ocurriría en el hurto y en el robo con fuerza, que tienen como bien jurídico a la propiedad entendida en sentido amplio, y los medios de ataque comprendidos en los tipos, si bien no son iguales, poseen semejanza (en el hurto el apoderamiento subrepticio, el robo, el apoderamiento forzado); son, por ende, delitos de la misma especie.”*

Este autor, coincide también con Cury en que son de la misma especie aquellos que protegiendo bienes jurídicos diversos, se encuentran en una situación particular: la lesión de uno de esos bienes jurídicos supone necesariamente la lesión del otro. Así, el delito de homicidio y lesiones son de la misma especie para estos efectos. Respecto de los delitos plurisubsistentes, nuevamente coincide con Cury, en orden a que si el desvalor de un delito queda claramente consumido por el del plurisubsistente, como ocurre con el hurto en relación a alguna de las formas de malversación de caudales, pueden considerarse de la misma especie, siempre que la forma de lesionar el bien jurídico sea análoga.

Politoff, Mattus y Ramírez¹⁵¹, adoptan una postura bastante neutral y se limitan a plantear el problema, señalando que habrá que esperar una mayor decantación judicial y doctrinal. Sólo afirman que no hay duda que son de la misma especie “la caída en el mismo delito.”

Bullemore¹⁵² refiere que la problemática consiste en determinar cuándo los delitos son de la misma especie. Al respecto, señala que se ha estimado que lo son cuando los tipos correspondiente tienen por objeto la protección del mismo bien jurídico; además, también se ha tendido a hacer depender la identidad de especie o naturaleza de los delitos, hasta cierto punto, de la forma que adopta el ataque contra los bienes jurídicos penalmente protegidos.

Künsemüller¹⁵³, realiza una acabada síntesis de las posiciones (coincidentes) de Cury, Garrido y Etcheberry. Agrega que Novoa y Labatut son también partidarios de incluir los móviles del sujeto, pero igual desestima esta posición. Además, se refiere explícitamente a la relación entre robo y hurto, señalando que la jurisprudencia ha sido vacilante. Al respecto, señala que el Repertorio del Código Penal, páginas 43 y 44, se citan 12 fallos conforme a los cuales robo y hurto son de la misma especie para efectos de la reincidencia, y otros 6 en que no los considera de la misma especie. Termina señalando, eso sí, que *“la jurisprudencia más reciente se inclina por considerar el hurto y el robo como de la misma especie”*¹⁵⁴.

Etcheberry,¹⁵⁵ refiriéndose a la relación hurto-robo, señala que por la frecuencia con que ocurre en la práctica, ha sido en torno a estas dos figuras donde más se ha discutido en tribunales si son o no delitos de la misma especie. Si bien señala que la cuestión sigue siendo controvertida, *parece advertirse una mayoría por considerarlos como delitos de la misma especie.*

La **Corte Suprema**¹⁵⁶, en una causa de robo con intimidación, pronunciándose sobre esta agravante vía recurso de casación, señaló: *“En efecto, conforme al mérito de autos, el fallo estableció como hechos, tal*

150 Ob., cit., t. I, p. 218-220

151 Ob., cit., p. 521

152 Ob., cit., t. II, p. 180

153 Texto Y Comentario del Código Penal Chileno (Obra dirigida por S. Politoff y L. Ortiz.) T.I, p. 213-218.

154 Cita dos fallos: SCA Santiago de fecha 05/05/1982, RDJ, 79, 2ª parte, secc. 4ª, p. 102; y otro de la C.S. de fecha 24/04/1997, FM N° 461, p. 447 ss.

155 El Derecho Penal En La Jurisprudencia. Sentencias 1875-1966. Tomo I. Parte General. Página 406.

156 Rol 3610-2000. Considerando 3º.

como por otra parte lo señala la sentencia de primera instancia en su motivo trigésimo octavo, reproducido por la recurrida, y la sentencia en análisis en su propia reflexión quinta, que Aguirre Román cometió el 25 de marzo de 1994 un delito de hurto por el que fue castigado en la causa Rol N° 53.526 del Segundo Juzgado de Letras de Antofagasta, y no en la Rol N° 19.219 del Cuarto Juzgado de Antofagasta como dice el recurrente, a la pena de veintidós días de prisión, la que se le tuvo por cumplida con el mayor tiempo que estuvo privado de su libertad, sentencia ejecutoriada desde el 10 de noviembre de 1994 según certificado de fojas 424, situación que permite tener a Aguirre Román perjudicado por la agravante de reincidencia específica en todos los delitos de que resulta responsable.”

En otro fallo, en que la condena anterior era por un delito de hurto¹⁵⁷ y los nuevos delitos eran 2 robos por sorpresa y un robo con intimidación, la Suprema¹⁵⁸ señaló: “Que, según los hechos dados por establecidos por los jueces de la instancia, se aplicó correctamente la norma legal impugnada del artículo 12 N° 16 del Estatuto Penal, al estimar que agrava la responsabilidad del procesado la modificatoria de reincidencia específica, desde el momento que el Código punitivo clasifica los ilícitos según el bien jurídico protegido, es así como en el Título IX sanciona a quien, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, se apropia de cosa mueble ajena, según lo expresa el artículo 432, caracteres comunes que hacen semejantes a los diversos hechos punibles que participan de estos elementos y, en tal virtud, deben estimarse como delitos de la misma especie los de hurto y robo¹⁵⁹. A lo anterior se une el hecho que, en su inciso final, el artículo 509 de la Ley Procesal Penal dispone que se considerarán como delitos de la misma especie aquellos que estén sancionados en un mismo Título del Código Penal, lo que acontece en la especie, por cuanto el Título IX de este último texto legal referido sanciona los crímenes y simples delitos contra la propiedad, entre cuyos párrafos está penado el robo con intimidación, en el inciso primero del artículo 436, robo por sorpresa en el inciso segundo del mismo artículo y el hurto en el artículo 446”

Un tercer fallo de la Suprema¹⁶⁰ consideró delitos de la misma especie un robo con fuerza en las cosas y un robo con violación. En efecto, en esa oportunidad la Suprema estableció “3º) Que la norma penal de cuya interpretación se trata, el artículo 12 N° 16 del Código Penal, señala como circunstancia agravante Ser reincidente en delito de la misma especie, de modo que para los fines del recurso es menester primero dilucidar lo que se debe entender por el vocablo «especie». Sobre el particular el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española indica como primera acepción que es la que corresponde aplicar al caso conjunto de cosas semejantes entre sí por tener uno o varios caracteres comunes». Ya en fallos anteriores se ha explicado que una misma especie no significa un mismo tipo legal o identidad. En cambio es necesario que los tipos titulen un mismo bien jurídico y que la forma que reviste el ataque sea esencialmente semejante. En este caso, se halla establecido que el acusado fue condenado con antelación como autor de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación. El nuevo delito es robo con violación. 4º) Que en ambos delitos se atenta contra la propiedad y en ambos, el modo de comisión o la forma de ataque es semejante en gran medida. Es decir, en ambos casos hay sustracción de la cosa de la esfera de custodia del legítimo

157 Nótese, que aunque no fue objeto de discusión, la condena de este hurto se tuvo por cumplida. Así se desprende del considerando 2º del fallo: “Que el fallo de primer grado, en el motivo undécimo, dio por establecido que concurre la agravante de reincidencia específica, respecto de los delitos de robo por sorpresa a Clara Cáceres Vega, cometido el 26 de marzo de 1994 y de robo con intimidación cometido el 29 de agosto de 1995, por cuanto en los autos Rol N° 55.055 del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua el procesado fue condenado como autor del delito de hurto, cometido el 4 de febrero de 1992, a la pena de sesenta y un días de presidio, la que se le dio por cumplida, se le notifica el fallo el 16 de marzo de 1993, el cual luego que quedara ejecutoriado se ordena el archivo de los antecedentes el día 24 del mismo mes y año.”

158 474-97. Sala integrada por los Ministros Roberto Dávila, Luis Correa, Guillermo Navas y los Abogados Integrantes señores Arturo Montes y Vivian Bullemore

159 En este caso, el antecedente era un hurto, y los nuevos delitos eran 2 robos por sorpresa y un robo con intimidación.

160 Rol 3265 de fecha 23/01/2001 y que también se cita en nota el pie n° 93 a propósito del artículo 28 ley 18.216.

poseedor y empleando medios ilícitos enérgicos para vencer la defensa privada, sólo que en la situación del robo con violación se daña también a otro bien jurídico (la libertad sexual) a través del ejercicio de una especial forma de violencia sobre la víctima mujer. No obstante, no debe perderse de vista que en el robo con fuerza en las cosas y en especial, en lugar habitado o destinado a la habitación, también se afecta otro bien jurídico, cual es, la seguridad sea común o sea la de los moradores presentes o temporalmente ausentes. Además, las dos figuras son constitutivas de robo en nuestra ley penal, o sea, contienen elementos comunes, los que distinguen al robo de otros delitos que atentan contra la propiedad; 5º) Que de lo anterior fluye necesariamente que está en presencia de delitos de la misma especie cometidos por un mismo agente en épocas distintas y que, en esta parte, la sentencia recurrida ha incurrido en un error jurídico de interpretación del señalado artículo 12 N° 16 del Código Punitivo. Resta por saber si existió o no error de derecho al considerarse como no cumplida la condena anterior.”

Por otro lado, un reciente fallo de la **Corte de Apelaciones de Concepción**¹⁶¹ consideró como delitos de la misma especie el de receptación y el de robo por sorpresa. Además, este fallo cita el artículo 351 del Código Procesal Penal. Al respecto, señaló: “Que con el extracto de filiación del imputado aportado como prueba por el Ministerio Público, del cual se dejó constancia en el considerando noveno, párrafo III, N° 2- a), se acredita que en causa rol N°50.452, de 2002, del Tercer Juzgado del Crimen de Concepción, fue condenado por el delito de robo por sorpresa a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, pena que cumplió. Conforme a lo expresado opera en contra del acusado Gutiérrez Barra la agravante prevista en el artículo 12 N°16 del Código Penal, de ser reincidente en delito de la misma especie, ya que el delito de robo por el que fue condenado en la causa rol N°50.452 y el delito de receptación por el que ahora se le juzga, **son de la misma especie al tenor de lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal**, que considera tales aquellos que afectan al mismo bien jurídico, y en este caso no cabe duda que es la propiedad el bien jurídico protegido por la normativa que castiga ambos ilícitos.”

Un fallo de la **Corte de Apelaciones de La Serena**¹⁶² señaló en sus considerandos 3º y 4º: “Que a juicio de estos sentenciadores, siendo común al robo por sorpresa y al robo con violencia la vulneración del mismo bien jurídico el derecho de propiedad deben ser considerados como delitos de la misma especie para los efectos de considerar concurrente la reincidencia como circunstancia agravante de responsabilidad, sin que el hecho de que exista, además, en el segundo delito mencionado, un ataque a la integridad personal, tenga el efecto de desnaturalizar el elemento esencial del tipo penal que comparten. CUARTO: Que, por otra parte, el concepto expresado en el motivo que antecede, concuerda con la norma relativa a la reiteración de crímenes o simples delitos contenida en el inciso final del artículo 351 del Código Procesal Penal, en la cual se consideran expresamente delitos de una misma especie aquellos que afectan al mismo bien jurídico.”

Otro fallo, ahora de la **Corte de Temuco**¹⁶³, se pronunció en el siguiente sentido: “Que por último, al invocar la causal de la letra b) del artículo 373, por haberse hecho una errónea aplicación del derecho al considerar reincidente al condenado Robinsón Ángel Reyes Aguilera, en circunstancias de no ser delito de la misma especie la receptación y el hurto, por encontrarse en párrafos distintos, aunque el bien jurídico protegido sea el mismo, la propiedad. Son delitos distintos en cuanto a su configuración típica. A este respecto, al referirse el Código Penal en el numerando 16 del artículo 12 a delitos de la misma especie y al no estar definido por la ley el término, no cabe sino estar al concepto de delito de la misma especie que resulte del análisis de los términos empleados por la ley respecto de los ilícitos involucrados. Las figuras de hurto y de receptación, aparte de que ambas figuras tienden a proteger el bien jurídico de la propiedad, uno es base del otro, pues si no son bienes hurtados o robados los adquiridos, no se configuraría el delito por quien comete el hecho conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo. Ambos autores se hacen dueño de lo ajeno,

161 Rol 505-2005- Fiscal Juan Yáñez.

162 Rol 255-2004- De fecha 13/01/2005

163 Rol 676-2005- De fecha 28/09/2005

uno con mano propia y el otro por tercero. Que estén en párrafos distintos, no implica que no sean de la misma especie. El hurto y el robo, no cabe dudas que son delitos de la misma especie y están en párrafos distintos. Concurren elementos que los diferencian y hay otros que los asimilan. De esta manera, no se ha trasgredido la norma legal ni el derecho.

En cuanto a qué han entendido los **Tribunales Orales en lo Penal** por delitos de la misma especie, hay abundante y variada jurisprudencia. Así, a modo de ejemplo se pueden citar los siguientes fallos:

- 1.- *“Que el tribunal estima procedente la agravante del art. 12 N° 16 del código punitivo, por cuanto se dan sus requisitos genéricos: existencia de sentencia firme y ejecutoriada respecto de delitos (no de faltas) y condena por delito de la misma especie. Si bien es cierto esta agravante de responsabilidad, no opera cuando la condena anterior no ha sido efectivamente cumplida en virtud de la aplicación de una medida alternativa a una pena privativa o restrictiva de libertad de la Ley N°18.216 (que implican la suspensión de la ejecución de la misma de acuerdo al art. 1°) ello no ocurre tratándose de la libertad condicional, que de acuerdo al artículo 1° del DL N°321 de 1925 y su Reglamento “es un modo particular de hacerla cumplir en libertad”.¹⁶⁴*
- 2.- *Que conforme a lo solicitado por el Ministerio Público, el tribunal estima concurrente, en perjuicio del acusado Rodríguez Muñoz, la circunstancia agravante de responsabilidad penal prevista por el artículo 12 N° 16 del Código punitivo, acreditada por éste interviniente con la prueba documental consistente en el extracto de filiación del acusado y copias de las sentencias dictadas en los juicios rol N° 92.526 y 49.227, del 5° Juzgado del Crimen de Viña del Mar y del 5° Juzgado del Crimen de Valparaíso respectivamente de donde consta que con fecha 25 de septiembre de 2003, el acusado ha sido condenado en calidad de autor del delito de hurto, cometido con fecha 19 de febrero de 2003, a la pena de 301 días de presidio menor en su grado mínimo, sanción que, conforme a la prueba documental citada, se encuentra cumplida.¹⁶⁵*
- 3.- *Que respecto a la agravante del artículo 12 N° 16 estos sentenciadores discrepan con el Ministerio Público en cuanto a acoger dicha agravante, ya que sin perjuicio de las argumentaciones en cuanto a la definición del tipo en uno y otro caso (robo y hurto), el robo supone mayor perversidad del agente, que desdeña el accionar clandestino, subrepticio, oculto y asume una actitud resolutiva acompañada de una actividad que afecta no sólo al objeto material sustraído, sino la seguridad material o personal que éste involucra, afectando en consecuencia no sólo la propiedad sino otros valores de mayor significado social, de ahí que, atendido los medios y formas de cometerlo, implica sostener en su penalidad elementos diferencia-dores que le marcan particularmente, agravando la respuesta social. Estimar en consecuencia que hurto y robo son delitos de la misma especie –aunque para ello se argumenten razones de política criminal– supone emplear un criterio analógico en cuanto a naturaleza, objeto, y modo de realización, significa equiparar esencia con semejanza, castigando una conducta criminosa por parecerse a otra. Nadie discute que hurto y robo atentan contra un mismo bien jurídico, pero la forma, método como se efectúa dicho atentado dice mucho del grado de temeridad del designio resolutivo. Parte de la jurisprudencia ha dicho que equiparar hurto y robo en tal contexto, se opone al derecho penal moderno, al contrario a falta de norma expresa o cuando hay dudas debe aplicarse aquella que vaya más acorde y cercana con el principio de la reserva penal, aplicando entonces lo más beneficioso para el acusado, (el principio de pro reo), por lo que se desestimaré la agravante de reincidencia que afecta al acusado Nelson Eduardo García Zapata.¹⁶⁶*

164 Rit 100-2004. Se acusó y condenó por robo con intimidación y la condena anterior fue por robo por sorpresa. Fiscal Michelangelo Bianchi Negrón y don José Patricio Aravena López.

165 Rit 89-2004. Fiscal Nelson Viguera. La condena versó sobre un delito de robo por sorpresa. TOP integrado por dictada por doña Carmen Gloria Durán Vergara, Ana María Hernández Hulin y don Gonzalo Rojas Monje.

166 Rit 63-2005. Michelangelo Bianchi Negrón y José Aravena López. TOP integrado por Carmen Gloria Durán Vergara, Adolfo Cisterna Pino y Georgina Solís Morgado.

- 4.- Que, asimismo, perjudica al enjuiciado Jorge Hernán Ruiz Pastenes la agravante de reincidencia específica del artículo 12 N° 16 del Código Penal, toda vez que de su extracto de filiación y antecedentes, de las fotocopias autorizadas de las sentencias de primera y segunda instancias recaídas en la causa rol N° 51.253 y 51.253 desacomulada A del ingreso del Segundo Juzgado del Crimen de Concepción y de la certificación de encontrarse éstas firmes y ejecutoriadas, documentos todos que el Ministerio Público incorporó al juicio, se colige que aquel fue condenado anteriormente –entre otros ilícitos- como autor del delito de robo por sorpresa, cometido con fecha 29 de enero de 2003, a la pena de doscientos veintiséis de presidio menor en su grado mínimo, sanción que se le dio por cumplida con el tiempo que permaneció privado de libertad en el proceso respectivo.

La situación anterior implica, entonces, y diversamente a lo planteado por la defensa, que hubo un cumplimiento efectivo de la pena que le fue impuesta, como quiera que acorde al artículo 26 del Código Penal, la duración de las penas temporales se comienza a contar desde el día de la aprehensión del imputado, y si bien es cierto que en los hechos existió una compensación del tiempo en que Ruiz Pastenes estuvo sometido a prisión preventiva con el lapso que se le impuso como pena, no lo es menos que ello no cambia la naturaleza ínsita de pena temporal del período que le fuera aplicado como castigo, no siendo del caso estimar que habría existido una supuesta transformación del instituto de la prisión preventiva en pena.¹⁶⁷

- 5.- En lo relativo a los antecedentes que constan de la fotocopia autorizada recaída en la causa RIT N° 3037-2004, del ingreso del Juzgado de Garantía de esta ciudad, si bien es de fecha 7 de febrero de 2004 y la pena figura como cumplida según informe que obra en los oficios del Centro de Cumplimiento Penitenciario, debe tenerse en cuenta que la referida sentencia se refiere a un delito de receptación cuyo bien jurídico protegido no es tan solo la propiedad –como lo es en el delito de robo– sino que también se cautela la “administración de justicia al entorpecer razonablemente el éxito de la investigación fiscal y, por ende, el esclarecimiento del hecho denunciado y la identificación de sus partícipes” (“El Delito de Receptación”, *Doctrina y Jurisprudencia*, Cristián Aguilar Aranela, Ediciones Metropolitana, año 2002, página 38).- Ahora bien, entre el robo y la receptación, aparte de la diferencia anotada, existen también otras distinciones derivadas principalmente de su naturaleza y modalidades ejecutivas, siendo distintos los medios de agresión que en cada caso se tipifican, y, por lo mismo, no puede hablarse aquí que se trate de delitos de la misma especie, razón por la cual tampoco se configura en esta situación la agravante en comento.¹⁶⁸
- 6.- Que no concurre en perjuicio del acusado la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, esto es, ser reincidente en delito de la misma especie, toda vez que aunque la pena cumplida por el acusado, causa anterior por robo con intimidación y hurto, dice relación con el mismo bien jurídico de base (la propiedad), la forma que adopta el ataque a dicho bien jurídico, es en este caso diversa, como quiera que el robo con intimidación es un delito pluriofensivo y el robo con fuerza no lo es, y el hurto excluye todo tipo de fuerza sobre las cosas, elemento característico al delito que se atribuye aquí al encausado (tratándose del hurto el plazo de prescripción además está cumplido). No se desconoce que la ley que consagra la agravante está plenamente vigente, pero siendo la reincidencia un elemento extraño al derecho penal de culpabilidad, se impone una forma de interpretación estricta, que, como en este caso, evite extender su aplicación de manera irracional¹⁶⁹.

167 36-2004. Fiscal Marisa Navarrete acusó por robo en lugar no habitado. TOP integrado por Hernán Rodríguez Cuevas, César Panés Ramírez y Gonzalo Rojas Monje.

168 Rit 136-2005. Fiscal N. Mansilla y S. Vejar. Sala integrada por Gonzalo Rojas Monje, María Verdugo Podlech y César Panés Ramírez.

169 RIT N° 99-2005. Dictada por los Ana María Hernández Hulin, Carmen Durán Vergara y Adolfo Cisterna Pino.

II.- TEMAS RELACIONADOS CON LA LEY 18.216 Y OTROS

Como la reincidencia se relaciona con otros temas, se procurará sintetizar algunos de ellos, sus implicancias, problemas y alternativas de solución.

A) CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA PENA. Vimos que uno de los requisitos para que opere la reincidencia, es que la(s) condena(s) anterior(es) se haya(n) cumplido efectivamente. Pues bien, para dilucidar qué debe entenderse por cumplimiento efectivo hay que analizar diversas situaciones, pues la legislación contempla diversos modos de cumplimiento de una condena y no todos ellos se han considerado como cumplimiento efectivo.

1.- **Beneficios Ley 18.216.** En efecto, el requisito de que la pena de los delitos anteriores se *haya cumplido efectivamente* ha traído dudas en los casos relativos a las medidas alternativas al cumplimiento de la prisión, que se han resuelto favorablemente en beneficio de los condenados, a quienes, contra la opinión de algunos autores, no se les considera como que han cumplido la pena¹⁷⁰.

La verdad de las cosas, hoy en día el tema resulta ser bastante pacífico para la remisión condicional y libertad vigilada, en orden a que en estos casos no se ha cumplido efectivamente la pena, pues ésta se ha suspendido de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 18.216.

Sin embargo, creo que la situación, al menos, pudiera ser discutible respecto de la reclusión nocturna, en atención a lo señalado en el artículo 9º y 27 de la ley, que establecen la conversión en caso que se revoque el beneficio, pues para estos efectos se computa una noche por cada día de privación de libertad. Esto podría servir para argumentar que más que la suspensión de la pena, la reclusión nocturna es una forma especial de cumplirla.

Garrido Montt¹⁷¹, refiriéndose a la reclusión nocturna, señala que ella en verdad no es una suspensión de la pena privativa o restrictiva de libertad, sino una modalidad de su cumplimiento, que en la alternativa de la pena privativa es evidentemente más benigna.¹⁷² Politoff, Mattus y Ramírez¹⁷³ refiriéndose a otras penas alternativas a la prisión en el derecho chileno, indican que fuera del Código, la principal pena alternativa que se contempla es la reclusión nocturna, establecida en el artículo 8º de la Ley 18.216, y que opera como pena sustitutiva de penas privativas de libertad. Cury¹⁷⁴ señala: "A diferencia de las restantes, la institución no implica una suspensión condicionada de la ejecución de la pena, sino una manera de cumplirla en una forma que atenúa las limitaciones de libertad impuestas al reo. Esto se encuentra confirmado por los arts. 11 y 27, inc., segundo, con arreglo a los cuales, en caso de revocación del beneficio, el afectado sólo debe cumplir el resto de la pena primitiva, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha medida, lo cual demuestra que durante este último lapso la sanción se estuvo ejecutando, si bien de un modo especial".

En todo caso, se hace presente que estos autores al referirse en estos términos a la reclusión nocturna, no lo relacionan con la posibilidad que respecto de ésta sea procedente la reincidencia.

En contra de tales argumentos está el tenor literal del artículo 1º de la referida ley, que señala que la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá suspenderse y no distingue entre reclusión nocturna, libertad vigilada o remisión condicional.

170 Politoff, Mattus y Ramírez. Ob. Cit., pág. 520.

171 Ob. Cit., t. I, p. 363.

172 Similar sentido, Politoff, Mattus y Ramírez, ob. Cit., p. 543-544: "La ley 18.216 establece como medidas de suspensión condicional de la ejecución de las penas privativas de libertad, la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada; y como pena alternativa a la prisión, cuyo cumplimiento se computa al de las penas suspendidas, la reclusión nocturna"

173 Ob. Cit. p. 551.

174 Ob. Cit., t.I, p. 360.

Un fallo del TOP de Antofagasta¹⁷⁵, estimó que perjudicaba al acusado la agravante de reincidencia del 12 N° 14, pues se le había revocado el beneficio de la reclusión nocturna. Aunque el fallo no es muy prolijo en su argumentación, en lo pertinente, señaló en su considerando décimo: *“Que respecto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal del acusado, la fiscalía señaló que lo perjudica aquella contemplada en el artículo 12 N° 14 del Código Penal, esto es, haber cometido el delito después de haber quebrantado una condena y en el tiempo en que puede ser castigado por el quebrantamiento. En efecto, de los documentos incorporados al juicio mediante su lectura, consistentes en: extracto de filiación y antecedentes del acusado, fotocopia autorizada de las sentencias de primera y de segunda instancia pronunciadas en causa rol N° 65.577 y acumuladas del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua y de la resolución que revoca el beneficio de la reclusión nocturna, certificación de la Secretaria del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua y, oficio del Alcaide del Centro del Cumplimiento Penitenciario de dicha ciudad, consta que Marcelo Fredes Pavez fue condenado a las penas de 541 de presidio menor en su grado medio y 61 días de presidio menor en su grado mínimo, como autor de estafas, concediéndosele el beneficio de la reclusión nocturna, sentencia que quedó ejecutoriada el 31 de octubre del 2001, siéndole revocado dicho beneficio por resolución de fecha 06 de marzo del 2002 del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua, la que fue confirmada por la ltma. Corte de esa ciudad con fecha 28 de mayo del presente año.”*

En contra, un fallo del TOP de Concepción¹⁷⁶, que señaló en su considerando undécimo: *“Que no concurre la agravante del artículo 12 N° 14 del Código Penal, esto es, la de haber cometido el delito mientras cumplía una condena y en el tiempo que es posible perseguir el quebrantamiento, ya que el acusado se encontraba haciendo uso del beneficio de reclusión nocturna previsto y regulado en la Ley N° 18.216, cuyo artículo 1° señala que las medidas alternativas que ella contemplan, implican una suspensión de la pena impuesta, de donde se colige que si la pena le es suspendida, mal puede entenderse que la esté cumpliendo y/o la quebrante.”*

- 2.- Situación especial del artículo 28 Ley 18.216. Esta norma señala que *transcurrido el tiempo de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas que establece esta ley, sin que haya sido revocada, se tendrá por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta.*

Pues bien, sobre esta norma, la opinión de Garrido Montt¹⁷⁷, es que en los casos en que ella opere, al tenerse por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad, se tiene por cumplido el castigo y, por tanto, esa condena sirve para configurar la agravante de reincidencia. En otras palabras, habría una especie de cumplimiento ficto de la condena, el que serviría para eventuales agravantes. Además, esta posición se ve respaldada por un fallo de la Corte Suprema,¹⁷⁸ que resolviendo si existió o no error de derecho al considerarse como no cumplida la condena anterior, señaló: *“Que al respecto lo cierto es que si bien de los artículos 12 N° 15, referido a la reincidencia genérica, y 92 del Código Penal, aparece que la pena impuesta con anterioridad debe haberse cumplido para que opere la agravante (genérica o específica), no resulta categórico que este cumplimiento deba ser efectivo. Desde ya el indulto puede perdonar o remitir la pena además de rebajarla o conmutarla), pero ni aun en este caso quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia (artículo 93 N° 4 del Código Penal). Por otro lado el legislador puede establecer equivalentes para que opere y en tal sentido debe entenderse el artículo 28 de la Ley N° 18.216 sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad,*

175 Rit 54-2002.

176 Rit 81-2005. Fiscal Luis Elias Morales y Mario Elgueta. Sala integrada por Carmen Gloria Duran Vergara, Adolfo Cisterna Pino y Maria Duran Vergara.

177 Ob. Cit., t. I. P. 217-218.

178 Rol 3265-2000 de fecha 23/01/2001 (nota al pie 73). En el punto tratado, con el voto en contra del ministro Pérez. Fallo disponible en la página del poder judicial. Otro fallo en similar sentido es el pronunciado por la Corte de Santiago, de fecha 07/04/1993, publicado en la GJ n° 154, p.99.

cuando señala que transcurrido el tiempo de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas que establece esta ley, sin que haya sido revocada-, se tendrá por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta. En el caso que nos ocupa, se tuvo por cumplida antes que se cometiera el nuevo delito, y, por lo tanto, se produjo plenamente la situación exigida por el artículo 92 del Código Penal para que opere el efecto de la agravante. Por lo demás, el artículo 28 de la Ley N° 18.216 no hace distinción entre las medidas alternativas a que se refiere, ni limita los efectos de su mandato.”

Los detractores de esta tesis sostienen que el artículo 28 debe entenderse en el sentido que se tiene por cumplida para los efectos de la extinción de la responsabilidad penal, pero no para los efectos de la reincidencia. Además, agregan, que el fundamento de la agravación no se da en estos casos, ya que al no haber cumplido efectivamente la pena, no ha sufrido el castigo que lo disuade de cometer nuevos delitos. Por último, agregan la historia fidedigna del establecimiento de la ley, pues para la inclusión del artículo 28 se consideró *“de absoluta justicia contemplar una disposición que dé por definitivamente cumplida la pena cuya ejecución quedó en suspenso, en caso de haber transcurrido el período de prueba sin que la remisión haya sido revocada.”*¹⁷⁹

- 3.- Con la amnistía ocurre lo mismo que con los beneficios de la ley 18.216, o sea, no sirve para configurar la agravante de reincidencia, pues el artículo 93 N° 3 señala que ésta extingue por completo la pena y sus efectos.
- 4.- Sin embargo, hay que tener presente que el problema no se presenta respecto de la libertad condicional, donde por expresa disposición del artículo 1° inciso II del DL 321 la libertad condicional es un modo particular de hacer cumplir la pena. Tanto la doctrina como la jurisprudencia están plenamente de acuerdo en que en estos casos se considera que hay cumplimiento efectivo y tales condenas sirven para configurar la agravante de reincidencia.
- 5.- Otro tanto ocurre con los indultados, que por expresa disposición del artículo 93 N° 4 no pierden el carácter de condenado para efectos de la reincidencia o nuevo o delinquiramiento. En ambos casos las condenas cumplidas en libertad condicional o indultadas, sirven para configurar la agravante.

Una situación que pudiera presentar dudas, dice relación con aquellos casos en que la pena indultada era de aquellas que no constituían cumplimiento efectivo, por ejemplo, remisión condicional. Así por ejemplo, si un sujeto es condenado a una pena efectiva de 5 años y 1 día por homicidio y al tercer año de cumplimiento efectivo solicita el indulto y lo obtiene, no hay duda que si vuelve a cometer un delito, la condena por el homicidio y que le fuera indultada, puede originar la agravante de reincidencia.

Sin embargo, que ocurre con un manejo en estado de ebriedad en que se condena al sujeto a 61 días, pero se le remite condicionalmente la pena y debe firmar durante 1 año. Lleva 8 meses firmando y es indultado. Qué ocurre si vuelve a cometer otro delito después de haber sido indultado, por ejemplo, otro Manejo en estado de ebriedad?. Si no hubiese sido indultado y hubiese terminado de cumplir con remisión condicional, no cabe duda que tal condena no se cumplió efectivamente y no sirve para configurar una eventual agravante. Sin embargo, en el caso planteado, esto es, que esta primera condena haya sido indultada, podría sostenerse, por el tenor literal del 93 N° 4 del C.P., que tal condena sirve para efectos de reincidencia?. Si la respuesta es afirmativa, tendríamos la paradoja que el indulto habría producido el efecto de “transformar” una condena que normalmente no se considera para efectos de la reincidencia en una que si será considerada.

- 6.- Situación en que la pena se da por cumplida por el mayor tiempo que estuvo el condenado en prisión preventiva. Al respecto, podemos señalar que la doctrina no ha reparado mayormente en esta situación.

179 Texto Y Comentario del Código Penal Chileno (Obra dirigida por S. Politoff y L. Ortiz.) T.I, p. 214.

Sólo podemos citar la opinión de Künsemüller¹⁸⁰, quien refiriéndose al requisito de cumplimiento efectivo de la pena, señala: *“Parece no haber controversia en nuestra jurisprudencia, en cuanto a computar en contra de un sentenciado la agravante de reincidencia, si registra una pena anterior, privativa de libertad, que se tuvo por cumplida con el tiempo de prisión preventiva, entendiéndose que se satisface el requisito esencial de la agravación, del efectivo y material cumplimiento de la condena previa, es decir, “la experiencia en la cárcel”.*”

Efectivamente, se pudo constatar, a través de los diversos fallos referidos en este trabajo, que mayoritariamente los tribunales aplican la agravante de reincidencia cuando la condena que la origina se ha dado por cumplida por el mayor tiempo que se estuvo en prisión preventiva. En todo caso, en muchos de ellos se limitan a aplicar la agravante sin hacer mayores argumentaciones al respecto. Sin embargo, el fallo¹⁸¹ del TOP citado a propósito de la reincidencia específica y signado con el número 4, argumenta al respecto.

Además, un fallo de la Corte de Rancagua, revocando un fallo de primera instancia, se refiere al tema. El fallo de primer grado¹⁸² había rechazado la agravante del 12 N° 16 argumentando: *“Que en relación al encartado Briceño Valtierra, si bien éste presenta una anotación anterior como da cuenta el extracto de filiación y antecedentes de fojas 38, referido a la causa rol 51.319 de este Tribunal, debidamente certificada a fojas 75 y 142, aparece que éste fue condenado y la pena se le tuvo por cumplida con el mayor tiempo que permaneció privado de libertad, en relación a un delito de igual naturaleza, no se da la circunstancia agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, de reincidente en delito de la especie, en razón a que la reincidencia tiene como base de que el cumplimiento del encierro derivado de la condena penal, no ha sido eficaz, lo que no ocurre al tenerse la pena por cumplida por el tiempo que permaneció privado de libertad, en prisión preventiva, toda vez que ello tiene como fundamento el no condenar dos veces a un sujeto respecto de un mismo hecho, prisión preventiva que de manera alguna constituye pena de acuerdo a la norma del artículo 20 del Código Penal, razón por la cual no se dan los elementos o circunstancias fundamentales de la agravante en estudio (criterio que aparece expresado latamente en publicación de la Gaceta Jurídica N° 212 a fojas 61 y siguientes).”*

La Corte de Rancagua¹⁸³ revocó el fallo referido y señaló sobre el punto: *“Que la agravante de reincidencia sí concurre cuando la pena anterior se ha dado por cumplida con el tiempo de prisión preventiva, pues es indudable que esa prisión constituyó una privación de libertad y, por ende, se cumplieron todas las exigencias formales y de fondo para la concurrencia de la agravante. La disquisición según la cual la prisión preventiva no es pena, olvida que precisamente, porque constituye un gravamen que es en todo similar a la pena, el legislador intenta limitar esa medida cautelar. Toda la doctrina moderna penal que tiende a restringir la prisión preventiva se basa, justamente, en que la distinción teórica entre medida cautelar de privación de libertad y pena privativa de libertad, es indiferente al preso, que sufre en ambos casos el mismo padecimiento, de suerte que se dan sin duda las condiciones de la reincidencia cuando, tratándose de delitos de la misma especie, se ha tenido por cumplida una pena anterior por sentencia ejecutoriada. Todo lo anterior, sin considerar que, como bien indicó el Sr. Fiscal Judicial en su dictamen, la propia ley, en los artículos 26 del Código Penal y 503 del Código de Procedimiento Penal¹⁸⁴, deja en claro que la prisión preventiva y aun la detención sí se computan como pena, cuando exista una posterior sentencia condenatoria. Sin embargo, en esta causa no se procederá a elevar la sanción al sentenciado Briceño, desde que aun de existir dos agravantes, tal procedimiento no resulta obligatorio, bastando con no imponer la pena en su mínimo, lo cual se ha cumplido en la sentencia que se revisa.”*

180 La circunstancia agravante de reincidencia. Gaceta Jurídica N° 212. Página 61 y ss.

181 Nota al pie número 82.

182 2° Juzgado del Crimen de Rancagua. Rol 56.647-2002.

183 Rol 5.237-2003.

184 Su equivalente en el Código procesal Penal sería el artículo 348.

Volviendo a la opinión de Künsemüller, el cita un fallo de la Corte de San Miguel¹⁸⁵ que procura establecer una postura diversa. En él se argumenta señalando que el cumplimiento real de una pena de encierro sea en forma propia o a través de una medida equivalente, se lleva a cabo materialmente después de hallarse ejecutoriada la decisión condenatoria, sin perjuicio del o los abonos que a dicho cumplimiento importen los períodos de detención preventiva. Que en los casos en que se da por cumplida la pena, la secuencia temporal es a la inversa, primero ha ocurrido la privación de libertad del imputado y, posteriormente, se ha dictado la condena, la que aún no estaba firme, cuando ya la pena en ella impuesta se encontraba cumplida íntegramente. Luego, el encierro del infractor, su «experiencia de la pena», no ha sido consecuencia de una sentencia condenatoria afinada que establece una pena, sino de una prisión preventiva, ajena al concepto de pena. En seguida hace hincapié en las diferencias entre la prisión provisional preventiva y la pena, señalando precisamente el artículo 20 del Código Penal, que no se reputa pena la restricción de la libertad de los procesados; que el decreto N° 1.771, de Justicia, que aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, distingue claramente entre personas detenidas, sujetas a prisión preventiva y condenadas.

Termina señalando que si se entiende, por una ficción, que el sentenciado cumplió la pena anterior –para los efectos de la reincidencia– ello implica, necesariamente considerar que la prisión preventiva soportada por el reo ha significado el cumplimiento anticipado de la sanción establecida en la sentencia definitiva, conclusión que resulta inadmisibles, a la luz de principios jurídicos fundamentales. Que una cosa es que la pena se dé por cumplida, se tenga como materialmente satisfecha, para no afectar doblemente la libertad personal del acusado, con dos encierros sucesivos, ligados al mismo origen; otra cosa, la que importa para los efectos de la reincidencia, es el efectivo cumplimiento de una pena privativa de libertad a continuación de la ejecutoriedad de la decisión jurisdiccional que la impuso. Que el fundamento clásico de la reincidencia ha sido la circunstancia de que el cumplimiento del encierro derivado de la condena penal –“la experiencia de la cárcel”– no ha sido eficaz para disuadir al penado de incurrir en nuevo delito, hecho éste, que refleja su desprecio por la primera pena que se le aplicó. Que en el caso que nos ocupa, no habiendo sido cumplido materialmente el castigo propio de la condena, con posterioridad a su dictación, por reconocimiento del abono imputable a la prisión preventiva, que no constituye pena y se verifica antes de la dictación del fallo condenatorio, no resulta factible sostener –con inspiración en el criterio dogmático ya recordado– que el nuevo delito cometido sea una prueba positiva de la ineficacia de la pena anteriormente purgada. Que las fundadas objeciones actuales a la reincidencia como factor de agravación, determinan la necesidad de una interpretación sistemática restrictiva.

- 7.- D.L. 409. Este decreto se refiere a la regeneración y reintegración del penado a la sociedad y en su artículo 1° establece *“Toda persona que haya sufrido cualquier clase de condena y reúna las condiciones que señala esta ley, tendrá derecho después de dos años de haber cumplido su pena, si es primera condena, y de cinco años, si ha sido condenado dos o más veces, a que por decreto supremo, de carácter confidencial, se le considere como si nunca hubiere delinquido para todos los efectos legales y administrativos y se le indulten todas las penas accesorias a que estuviere condenado.”*

Luego, resulta meridianamente claro que el condenado a una pena que cumplió efectivamente y que se acoge a este decreto ley obteniendo el decreto supremo respectivo, no se le podrá considerar tal condena para efectos de reincidencia. Además, el artículo 6°¹⁸⁶ de este decreto ley tipifica un delito para el que divulgue información respecto de dicha condena.

185 Rol 3.159-97

186 “Queda prohibido expedir certificados en que conste que personas agraciadas con el beneficio que otorga esta ley en su artículo 1°, han sufrido condena o condenas cuyos efectos hayan sido suprimidos de acuerdo con sus disposiciones. Los infractores, como asimismo las personas que den esta clase de informaciones, las divulguen o las expresen en cualquiera forma, serán juzgados de acuerdo con las disposiciones legales en vigencia, y a petición de la parte ofendida, como autores del delito de injuria grave.”

En todo caso, no debieran producirse problemas con esta disposición, por cuanto las condenas eliminadas por el DL 409, generalmente no figuran en los extractos.

B) ARTÍCULOS 90 Y 91 C.P.

Sin perjuicio que el tema es opinable, hay situaciones en que la doctrina no hace la distinción, o mejor dicho, no se refiere explícitamente a ellas. Nos referimos a las diversas combinaciones que puede haber entre la reincidencia y los artículos 90 y 91.

El artículo 90 del C.P. regula el quebrantamiento de una condena. Dicha norma contempla sanciones específicas a aquel que quebrante su condena, las que pueden consistir en la incomunicación u otras restrictivas o privativas de libertad. Así, en sus números 4 a 8 establece penas de presidio o reclusión, por lo que sería difícil argumentar que se trata de meras infracciones administrativas, disciplinarias o *medidas extraordinarias de seguridad encaminadas a aumentar la rigurosidad de las penas*. En todo caso, los autores que consideran que el artículo 90 no tipifica delitos ni señala penas propiamente tal, no distinguen.

Por otro lado, el artículo 91 del C.P., regula los casos en que el condenado por sentencia ejecutoriada comete algún crimen o simple delito durante el cumplimiento de la condena, bien sea mientras la cumple o después de haberla quebrantado. En estos casos, además del quebrantamiento, el sujeto comete un nuevo delito y esta norma se encarga de señalar el orden en que se cumplirá la condena por el nuevo delito y la primitiva. Recordemos que son los incisos I y IV los que recurren a esta fórmula, pues los incisos II y III, que se refieren a penas perpetuas, más que un orden, exasperan la primitiva.

Sin embargo, creemos necesario distinguir las situaciones en que además del quebrantamiento, se comete un nuevo delito de aquellas en que el mismo hecho a la vez constituye quebrantamiento y un nuevo delito.

Ejemplo del primer caso sería: "x" es condenado a 5 años 1 día. Se encuentra cumpliendo en el C.C.P. El Manzano y se fuga cuando le quedan 2 años por cumplir (quebrantó y, por tanto, ya tiene sanción del art. 90 N° 1: incomunicación). Además, si durante el tiempo que permanece fugado comete homicidio, será sancionado con la pena que le corresponde a este nuevo delito con la agravación del 12 N° 14. Luego, el artículo 91 sólo nos señala la forma en que cumplirá, esto es, los 2 años de la condena primitiva y luego la condena por el homicidio. En este caso, como se constata de los fallos citados, la Corte Suprema aplica la agravante en cuestión, pues entiende que la sanción del artículo 90 N° 1 es más bien administrativa (incomunicación). Además, no hay un solo hecho que se considere para un doble efecto agravatorio, sino 2; primero está la fuga (quebrantamiento) que por sí solo tiene sanción de incomunicación y, en seguida, está el homicidio, que será agravado por haberse cometido mientras se encontraba quebrantado.

Ahora, distinta es la situación si "x" es condenado por manejo en estado de ebriedad y se la aplica la suspensión de la licencia por 6 meses y dentro de ese lapso es sorprendido manejando en normal estado de temperancia. Acá, se aplica la sanción del N° 8 del artículo 90, pero como este nuevo hecho no es constitutivo de delito en sí (manejar en normal estado de temperancia), no habrá delito nuevo que agravar con el 12 N° 14. En consecuencia, nos quedamos en el ámbito regulatorio del artículo 90. O sea, mero quebrantamiento.

En el caso anterior, distinta sería la situación si el mismo hecho que origina el quebrantamiento de la condena de suspensión de la licencia por 6 meses, constituye a la vez un nuevo delito. Así, si "x" dentro del plazo de 6 meses que tiene suspendida su licencia de conducir, nuevamente es sorprendido manejando en estado de ebriedad. En este caso, se aplicaría la agravante del 12 N° 14 para exasperar la pena en este segundo delito, pues lo cometió mientras cumplía otra condena (suspensión licencia por 6 meses). Además, le correspondería la sanción del N° 8 del artículo 90 (presidio menor en su grado mínimo) por haber quebrantado la condena original de suspensión de licencia. En esta última hipótesis, a pesar que la doctrina no distingue, creo que podría haber infracción al non bis in ídem, pues por la naturaleza de la sanción, difícilmente se podrá considerar una infracción meramente administrativa o disciplinaria. Además, un mismo hecho, por

sí solo, origina un doble (o triple) efecto agravatorio, pues el segundo delito de manejo en estado de ebriedad de "x", por si sólo, originaría: el quebrantamiento del artículo 90 N° 8, el delito de manejo en estado de ebriedad y agravante del artículo 14.

C) PRESCRIPCIÓN Y BENEFICIOS LEY 18.216.

Respecto de la prescripción de la agravante de reincidencia, ya analizamos el artículo 104, que se refiere a la prescripción de la reincidencia propia (12 N° 15 y 16).

Sin embargo, el artículo 104 también se ha utilizado como argumento para sostener la procedencia de la remisión condicional y libertad vigilada, a pesar de tener el sujeto condenas anteriores, cuando han transcurrido los plazos de prescripción.

En efecto, uno de los requisitos para obtener tales beneficios es no haber sido condenado anteriormente por crímenes o simples delitos.¹⁸⁷ Sin embargo, parte de la doctrina y jurisprudencia ha entendido que a pesar de tal exigencia, es posible que concurren los beneficios mencionados. Así, Politoff, Mattus y Ramírez¹⁸⁸ señalan que en cuanto al carácter de no reincidente del condenado, se aplica en su beneficio la prescripción de los artículos 93 N° 7 y 104 e incluso se ha llegado a fallar que *procede la remisión condicional de la pena, no obstante la existencia de condena anterior, atendido el largo tiempo transcurrido desde la comisión del primer delito*¹⁸⁹.

En el Texto y Comentario del Código Penal Chileno¹⁹⁰ se señala que producida la prescripción, el penado que "reincide" puede acceder a la condena de ejecución condicional y la libertad vigilada (arts. 4°, b, y 15, b, de la LMA); así lo ha resuelto la jurisprudencia,¹⁹¹ la que también ha dicho que, sin embargo, no beneficia a aquél la atenuante de una irreprochable conducta anterior, cosa lógica, porque para ello es menester la rehabilitación.

Por otro lado, Cury¹⁹² y Garrido Montt¹⁹³ son de la opinión contraria. En efecto, este último sostiene que la posible prescripción de la pena anterior a que se refiere el art. 97 del C.P. o de la circunstancia agravante reglada en el art. 104, no debe considerarse tratándose de la remisión de la pena, porque tales antecedentes son valorados en esta oportunidad para analizar la personalidad del sentenciado teniendo en mira su hipotética resocialización. Sin embargo, este autor reconoce que los tribunales se han pronunciado en el sentido contrario, esto es, que la prescripción de la pena anterior rige en estos casos¹⁹⁴. Cury es algo más escueto y se limita a señalar que a este respecto no surte efectos la prescripción a que se refiere el art. 104 del C.P., pues, de acuerdo con el texto expreso, ella opera sólo en relación con el carácter agravante de la reincidencia.

En cuanto a fallos, la Corte de Concepción se ha pronunciado en ambos sentidos. En la causa rol 442-2005¹⁹⁵, la Corte revocó el fallo de primer grado que concedió la libertad vigilada al condenado, a pesar que tenía 2 condenas anteriores. En lo pertinente, señaló en el considerando 4°: "*Que de lo dicho puede concluir-*

187 Art. 4 letra b para la remisión y art. 15 letra b para la libertad vigilada.

188 Ob. Cit., p. 545.

189 SCS 14/05/1987, en RDJ LXXXIV, p. 60.

190 Ob. Cit., p. 485.

191 Cita el mismo fallo de la nota al pie n° 104 entre tantas, SCS 14/05/1987, RDJ, t.II, p. 60°.

192 Ob. Cit., t.II, p.352.

193 Ob. Cit., t. I, p. 356.

194 Cita el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Penal, Santiago, 1996, p. 262.

195 01/08/2005. El fallo lo pronunció el Juez de Garantía en procedimiento abreviado y condenó por el delito de lesiones graves a la pena de 3 años con libertad vigilada. El M.P. apeló.

se objetivamente que el imputado no cumple con el requisito contenido en la letra b) del artículo 15 ya señalado, porque fue sancionado anteriormente por dos delitos, adquiriendo así el carácter de condenado, condición ésta que repugna a la Ley 18.216 en su artículo ya indicado, no procediendo tampoco ninguna otra medida alternativa de las contempladas en la ley. Que nada cambia lo resuelto la alegación formulada por la defensa en cuanto a que dichas condenas se encontrarían prescritas, afirmación que aún cuando fuese efectiva, no logra desvirtuar el carácter de condenado del imputado, porque los efectos de la prescripción en materia penal sólo se extienden a la acción penal y a la pena.”

En el mismo sentido, se pronuncia en la causa rol 525-2004¹⁹⁶, aunque aquí fue algo más escueta: “No concurriendo los requisitos del artículo 5° de la Ley 18.216, se la revoca en la parte que le concede la remisión condicional de la pena”.

En contra está el fallo pronunciado en la causa rol 1122-2004 de fecha 26/05/2004, señaló en su considerando 11: “Que en cuanto a la concesión del beneficio de la remisión condicional de la pena, cabe tener presente lo siguiente: a) Que en el extracto de filiación y antecedentes del procesado, rolante a fojas 369, consta la causa criminal rol N°39.567, del Segundo Juzgado del Crimen de Concepción, por giro doloso de cheques, en la que Buchholz Riffo fue sometido a proceso el 21 de febrero de 1980 y el 21 de agosto de 1981 fue condenado a 81 días; b) Que, por tanto, el ilícito que consta en dicho documento fue sancionado hace más de 22 años; c) Que no existen antecedentes que demuestren que la conducta del sentenciado haya estado reñida con los requerimientos sociales, por lo que se ha ajustado durante un tiempo prudencial a las exigencias del caso y sujeto a lo que la sociedad espera de sus integrantes; d) Que, por otra parte, no escapa al conocimiento de este Tribunal que tradicionalmente se ha interpretado el artículo 11 N° 6 del Código Penal en el sentido que cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la anotación penal del afectado, ello le impide acceder a esta atenuante y por ende limita los beneficios que se le puedan otorgar de acuerdo a la Ley N° 18.216. Sin embargo, la equidad, referida a no crear desigualdades que no existen en el espíritu del legislador, si tenemos en cuenta que incluso existe la institución de la prescripción de la acción penal y de la pena, y los principios generales del derecho, en orden a que no es permitido mantener situaciones odiosas o no definidas, que afectan a las personas en forma permanente, y más aún daña a la sociedad en su conjunto, las mencionadas anotaciones no impiden conceder al condenado el beneficio de la remisión condicional de la pena.”

Además, para que opere la prescripción, no basta el mero transcurso del plazo, sino que también se debe contar con una sentencia que la declare.

Por último, y tratándose de un tema discutible donde hay doctrina y fallos en ambos sentidos, se hace recomendable tener presente el art. 4 letra c) y art. 15 letra c), que se refieren a los antecedentes personales del imputado, su conducta anterior y posterior al hecho punible, naturaleza y móviles del delito que permitan presumir que no volverá a delinquir; y que, en definitiva, se refiere a una suerte de pronóstico de peligrosidad del sujeto. Ello, por que pueden servir como argumentos subsidiarios para el evento que se adopte la posición que hace aplicable la prescripción a estos casos. En efecto, este requisito procura dar al juzgador criterios rectores para orientar su decisión, y es evidente que ésta implica una apreciación valorativa global sobre la personalidad del agente, cuyas últimas precisiones quedan abandonadas a su criterio. En esto, como en muchas otras materias, la opinión del Juez representa, en última instancia, la del hombre medio y las convicciones culturales dominantes en el grupo social.¹⁹⁷ Entonces, si no se considerará la condena anterior, por estimarse prescrita, igual se podría considerar esa condena para efectos de argumentar que no concurre el requisito de la letra c).

196 15/11/2004. Nuevamente en abreviado el Juez de garantía condeno por abuso sexual y concedió remisión condicional, a pesar de tener una condena anterior el acusado.

197 Cury, ob., cit., t. II, p. 353.

D) AGRAVANTE ESPECIAL DEL ARTÍCULO 18 LEY 19.856.

La ley 19.856, creo un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta. Así, en su artículo 1 señala: *“Objetivo de la ley. La presente ley tiene por objeto establecer los casos y formas en los que una persona que ha sido condenada al cumplimiento de una pena privativa de libertad, puede reducir el tiempo de su condena, en base a haber demostrado comportamiento sobresaliente durante su cumplimiento.”*

Esta ley contempla la reducción de la condena para aquellos que, cumpliendo los requisitos establecidos, se encuentren cumpliendo efectivamente, con libertad condicional o reclusión nocturna.

Pues bien, el artículo 18¹⁹⁸ de esta ley establece una agravante especial para aquellos que cometen un delito durante el tiempo correspondiente al período condonado en virtud del beneficio previsto en esta ley.

198 “Constituirá circunstancia agravante, cometer el delito durante el tiempo correspondiente al período condonado en virtud del beneficio previsto en esta ley.”



GENERAL MACKENNA 1369 - 2° PISO - SANTIAGO CHILE
FONO-FAX: (2) 690 91 00
E-mail: fnacional@minpublico.cl