



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

Número 15
Septiembre 2020

Tabla de contenido

1.-Se revoca sentencia que decretaba reclusión parcial nocturna a imputado que solo tenía como condena previa una pena de multa por lesiones menos graves. Corte de Apelaciones de Puerto Montt entiende que cumple con los requisitos del artículo 4 de la ley 18.216, ya que la condena es por una falta, no por un simple delito (08.09.2020 rol 612-2020)..... 3

SINTESIS: Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt revoca sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Puerto Varas, que decretó la reclusión nocturna en recinto penitenciario a imputado al considerar que la condena anterior a pena de multa por un delito de lesiones menos graves debe ser analizada su naturaleza jurídica en concreto y no en abstracto. De esta manera, corresponde que no se considere la pena de falta como obstáculo para otorgar la pena sustituta de remisión condicional (Considerandos 4, 5 y 6). 3

2.-Se rechaza recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, en contra de sentencia de fecha 8 de julio de 2020 dictada por los jueces del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, la que en consecuencia no es nula, ya que no se vislumbraría una errónea aplicación del derecho ni tampoco una vulneración al principio de la no contradicción o de razón suficiente sostenido por el recurrente (24.08.2020 rol 520-2020)..... 5

SINTESIS: Ilustrísima Corte de Apelaciones, rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, esgrimiendo respecto de la causal del 373 b) del CPP que “el reproche debe estar referido a una errónea aplicación de la ley sustantiva penal en relación tanto a la calificación jurídica de los hechos como de la participación culpable, o que determinen finalmente una condena o absolución de alguien con motivo de una persecución penal y sobre la base de una acusación que especifique las situaciones de imputabilidad respecto de un sujeto. En este entendido, resulta indispensable puntualizar que, frente a la causal invocada, los hechos asentados no resultan modificables en este estadio procesal”. En cuanto a la causal subsidiaria del 374 e) del CPP afirma dicho Tribunal que no existe vulneración al principio de razón suficiente, fundando su decisión en que en el considerando decimoséptimo del fallo recurrido los sentenciadores dan las razones por las cuales no se tienen por acreditados, más allá de toda duda razonable, los presupuestos facticos que el Ministerio Público debió probar, pues el sentenciador se encuentra obligado a examinar la totalidad de la prueba aportada, en la forma exigida por el artículo 297 del Código Procesal Penal y por tanto existe acuerdo en la doctrina, en que la ausencia o falta de fundamentación abarca los vacíos en el discurso, las inconsistencias en la argumentación y la falta de explicación para excluir o reafirmar una hipótesis(considerandos 4,5,6, 7 y 8)..... 5

3.-Se rechaza recurso de nulidad interpuesto por Ministerio Público en contra de sentencia que absuelve a imputado cuyo único antecedente de cargo era su propia declaración (CA Valdivia 07.09.2020 rol 557-2020)..... 17

SINTESIS: Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, rechaza recurso de nulidad en contra de sentencia absolutoria del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno. El Ministerio Público alega que no se tomó en cuenta la declaración inculpatoria del imputado al momento de tomar dictar la sentencia. Corte estima que tal declaración fue el fundamento, pues en virtud del artículo 340 del CPP, tal declaración no puede ser el único antecedente para efectos de la imputación de participación de un hecho punible (considerandos 7 y 8). 17

4.-Tribunal Oral en lo Penal absuelve del delito de sustracción de menores a imputado, reconduciendo el hecho al delito de coacciones mediante violencia, previsto en el artículo 494 N°16 del Código Penal (27.07.2020 rit 30-2020). 20

SINTESIS: Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt acoge posición de la defensa de reconducir los hechos acreditados a la falta de coacciones mediante violencia contenida en el artículo 494 N°16 del Código Penal y desecha la posición del Ministerio Público de condenar por sustracción de menores prescrito en el artículo 142 N°2 del Código Penal. Tribunal analiza si la interrupción momentánea de la facultad de movimiento de la víctima constituye efectivamente una afectación relevante de su libertad ambulatoria. Establece que la sujeción corporal es constitutiva de violencia, y equivalen a la supresión de la capacidad corporal de ejecución de la voluntad de la víctima, siendo solo subsumibles en la figura del artículo 494 N°16 del Código Penal (considerandos 12, 13,14 y 15)..... 20

5.-Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt reconoce atenuante calificada del 456 del Código Penal privilegiándola por sobre el 449 del mismo cuerpo legal, en razón del cumplimiento de los presupuestos fácticos que se ajustan a la regla atenuatoria reclamada por la defensa, obligando a los juzgadores a la aplicación de la pena inmediatamente inferior en grado señalada por la ley para el delito (29.09.2020 rit 35-2020). 45

SINTESIS: Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt estableció la concurrencia de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 456 del Código Penal, de carácter calificada, cuya finalidad de política criminal busca servir de incentivo para disminuir el daño sufrido por la víctima, argumentando que en nuestro actual sistema procesal las tesis amplia y la restringida son contestes para aceptar la atenuación demandada para el acusado del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, en calidad de autor, previsto y sancionado en el artículo 440 N°1 del Código Penal, en grado de desarrollo consumado(considerandos décimo octavo, décimo noveno y vigésimo, vigésimo primero). 45

INDICES 65

Tribunal: Corte de Apelaciones de Puerto Montt

Rit: 110-2019

Ruc: 1801244101-7

Delito: Amenazas simples contra personas y propiedades.

Defensor: Claudio Herrera Reyes.

1.-Se revoca sentencia que decretaba reclusión parcial nocturna a imputado que solo tenía como condena previa una pena de multa por lesiones menos graves. Corte de Apelaciones de Puerto Montt entiende que cumple con los requisitos del artículo 4 de la ley 18.216, ya que la condena es por una falta, no por un simple delito (08.09.2020 rol 612-2020).

Normas asociadas: L18216 ART. 4 b; L18216 ART. 5; CP ART. 21; CP ART. 97.

Tema: Faltas; Recursos; Ley de medidas alternativas a la privación/restricción de libertad.

Descriptor: Lesiones menos graves; Prescripción de la pena; Recurso de apelación; Remisión condicional de la pena.

SINTESIS: *Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt revoca sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Puerto Varas, que decretó la reclusión nocturna en recinto penitenciario a imputado al considerar que la condena anterior a pena de multa por un delito de lesiones menos graves debe ser analizada su naturaleza jurídica en concreto y no en abstracto. De esta manera, corresponde que no se considere la pena de falta como obstáculo para otorgar la pena sustituta de remisión condicional (Considerandos 4, 5 y 6).*

TEXTO COMPLETO:

Puerto Montt, ocho de septiembre de dos mil veinte.

VISTOS:

I.- Que, la presente causa se eleva en apelación de la sentencia definitiva de fecha 13 de septiembre de 2019, en aquella parte que resolvió decretar como pena sustitutiva la reclusión parcial nocturna en establecimiento penitenciario, rechazando la solicitud de remisión condicional de la pena atendido que el encartado habría sido condenado anteriormente por un simple delito.

II.- Que, respecto a la procedencia de la sustitución de la pena por la remisión condicional de la misma, debe considerarse que el artículo 4 literal b) de la Ley 18.216, establece como requisito de procedencia de dicho beneficio que “Si el penado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito”, resultando relevante considerar que no le otorga notabilidad a las penas de falta para decidir acerca del acceso a las penas sustitutivas.

III.- Que, por otra parte, realizando una interpretación sistemática de las normas de la Ley 18.216 -marco jurídico que regula el tema que se revisa ante esta Corte-, es posible verificar que se distingue la procedencia de diferentes penas sustitutivas recurriendo, como criterio axial, al quantum de pena concreta, la cual es reflejo, a su vez, de la pena abstracta ajustada por el grado de culpabilidad del infractor. De lo que se concluye, que para los efectos de determinar la procedencia de los requisitos de las penas sustitutivas, debe estarse a la pena en concreto aplicada en cada caso.

IV.- Que, así las cosas, se verifica de los antecedentes que la pena de multa a la que fuera condenado el imputado de marras en causa RIT 1565-2015, por el delito de Lesiones Menos Graves en contexto de Violencia Intrafamiliar, es una pena de falta como se estatuye en el artículo 21 del Código Penal.

V.- Que, siendo una pena de falta, no habiendo pronunciamiento de la ley 18.216 respecto de la prescripción de ese tipo de penas para estimar la concurrencia del artículo 4° literal b) de la ley precitada, debe estarse a lo establecido en el artículo 97 del Código Penal, que establece como plazo de prescripción el de 6 meses, el que a la fecha se encuentra cumplido con creces.

VI.- Que, así las cosas, corresponde que no se considere la pena de falta ya referida como obstáculo al otorgamiento de la pena sustitutiva de remisión condicional. Por estos antecedentes y visto, además, lo dispuesto en las normas precitadas, **se revoca** la resolución en alzada de fecha 13 de septiembre de 2020, dictada por doña Ximena Bertín Pugin, Jueza del Juzgado de Garantía de Puerto Varas, en lo que respecta al numeral II.- de la parte resolutive de la sentencia definitiva motivo del arbitrio, sustituyéndose la pena de reclusión parcial nocturna en recinto penitenciario a la que había sido condenado, por la de remisión condicional de la pena, por el término de dos años, quedando sujeto a las demás exigencias que el artículo 5° de la referida Ley 18.216 establece para esa forma de cumplimiento.

Comuníquese y devuélvase.

Rol Penal N°612-2020.

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Puerto Montt integrada por Ministro Presidente Juan Patricio Rondini F., Ministro Jaime Vicente Meza S. y Abogado Integrante Christian Lobel E. Puerto Montt, ocho de septiembre de dos mil veinte.

En Puerto Montt, a ocho de septiembre de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

RIT: 40-2020

RUC: 1900623054-K

Delito: Amenazas simples en el contexto de violencia intrafamiliar; Incendio de lugar destinado a servir de morada; Desacato en contexto de violencia intrafamiliar.

Defensor: Pablo Castro Ruz.

2.-Se rechaza recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, en contra de sentencia de fecha 8 de julio de 2020 dictada por los jueces del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, la que en consecuencia no es nula, ya que no se vislumbraría una errónea aplicación del derecho ni tampoco una vulneración al principio de la no contradicción o de razón suficiente sostenido por el recurrente [\(24.08.2020 rol 520-2020\)](#).

Norma asociada: CPP ART. 373 b; CPP 374 e; CPP 342 c; L20066.

Tema: Principios y Garantías del Sistema Procesal en el CPP; Recursos.

Descriptor: Amenazas; Desacato; Ley de Violencia intrafamiliar; Determinación de la pena; Juicio Oral; Recurso de Nulidad.

SINTESIS: *Ilustrísima Corte de Apelaciones, rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, esgrimiendo respecto de la causal del 373 b) del CPP que “el reproche debe estar referido a una errónea aplicación de la ley sustantiva penal en relación tanto a la calificación jurídica de los hechos como de la participación culpable, o que determinen finalmente una condena o absolución de alguien con motivo de una persecución penal y sobre la base de una acusación que especifique las situaciones de imputabilidad respecto de un sujeto. En este entendido, resulta indispensable puntualizar que, frente a la causal invocada, los hechos asentados no resultan modificables en este estadio procesal”. En cuanto a la causal subsidiaria del 374 e) del CPP afirma dicho Tribunal que no existe vulneración al principio de razón suficiente, fundando su decisión en que en el considerando decimoséptimo del fallo recurrido los sentenciadores dan las razones por las cuales no se tienen por acreditados, más allá de toda duda razonable, los presupuestos facticos que el Ministerio Público debió probar, pues el sentenciador se encuentra obligado a examinar la totalidad de la prueba aportada, en la forma exigida por el artículo 297 del Código Procesal Penal y por tanto existe acuerdo en la doctrina, en que la ausencia o falta de fundamentación abarca los vacíos en el discurso, las inconsistencias en la argumentación y la falta de explicación para excluir o reafirmar una hipótesis(considerandos 4,5,6, 7 y 8).*

TEXTO COMPLETO:

Puerto Montt, veinticuatro de agosto de dos mil veinte.

VISTOS:

A folio N°1, ingresan estos antecedentes y comparece Myriam Pérez Rodríguez, Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Puerto Montt, en causa RIT N°40-2020, RUC 1900623054-K, quien interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva pronunciada por

el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, dictada el día ocho de julio de dos mil veinte, en virtud de la cual se absuelve al acusado W.A.A.C como autor del delito de amenazas simples en contexto de violencia intrafamiliar, y como autor del delito de incendio de lugar destinado a servir de morada; y, asimismo, se le condena a la pena de quinientos cuarenta días de reclusión menor en su grado mínimo, sin costas, en calidad de autor del delito consumado de desacato en contexto de violencia intrafamiliar, perpetrado en la comuna de Puerto Montt el día 10 de junio de 2019; a las penas accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena; y se le imponen las penas accesorias, por el término de un año, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia, prorrogables en conformidad al artículo 9 inciso 2° de la Ley N°20.066, esto es, prohibición de acercarse a la víctima I.L.M.U. o a su domicilio en XXXXXX, a su lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente.

Funda su recurso en la causal a prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, haber incurrido la sentencia en una errónea aplicación del Derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, conjuntamente con la causal de nulidad absoluta del artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra c), ambas del mismo Código Procesal Penal, toda vez que, del análisis de la sentencia recurrida, sostiene, es posible advertir contradicciones en la valoración de la prueba presentada por la Fiscalía.

Que, respecto a la primera causal de nulidad que invoca, la contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, haber incurrido la sentencia en una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al no aplicar a los hechos probados en juicio, la calificación de Amenazas en Contexto de Violencia Intrafamiliar, del artículo 296 N°3 del Código Penal, en relación con el artículo 5 de la Ley N°20.066.-

Señala que, el reproche de la Fiscalía que en este punto efectuó al acusado fue del siguiente tenor: “Ingresó al interior de la casa por una ventana y allí espero a su ex conviviente, la que llegó a su domicilio pasadas las 12:30 horas. El imputado trató de agredir a I.L.M.U., su ex conviviente, señalándole que la mataría y que le quemaría la casa, dichos que provocaron temor en la mujer, por episodios previos de violencia en su contra, por lo que huyó en dirección a la casa de una vecina.”; y que, asimismo, en el considerando décimo segundo de la sentencia, el tribunal tiene por acreditados los siguientes hechos: “Alrededor del mediodía del 10 de junio de 2019, W.A.A.C. concurrió hasta el inmueble ubicado en calle XXXXX, correspondiente al domicilio de su ex conviviente I.L.M.U. y de los cuatro hijos en común, que en ese momento se encontraba sin moradores, ingresando al interior de éste por una ventana donde esperó a su ex conviviente, quien llegó pasadas las 12:30 horas, produciéndose un altercado entre ellos, huyendo posteriormente la víctima en dirección a la casa de una vecina. W.A.A.C. incurrió en la conducta antes descrita infringiendo las medidas cautelares decretadas el día 26 de mayo de 2019, en causa RIT 4795-2019 (RUC 1900557440-7) por el Juzgado de Garantía de Puerto Montt, del artículo 9 letras

a) y b) de la Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, que se encontraban vigentes a la fecha de los hechos y que le habían sido notificadas, consistentes en la obligación de hacer abandono del domicilio que compartía con doña I.L.M.U., ubicado en XXXXX, y la prohibición de acercarse a ella y a su domicilio.”

Agrega que, existe un error al no aplicar el artículo 296 N°3 del Código Penal, que la imputación de amenazas en sus elementos típicos se encuentra probada por el tribunal, no obstante se absolvió por tal delito bajo la premisa de no haberse probado los “dichos” exactos que habría proferido el acusado a la víctima, idea que los sentenciadores de base desarrollan -considerando décimo sexto- de la siguiente forma: “En relación a lo anterior, la decisión unánime de absolución en lo que concierne al ilícito en referencia, encuentra su fundamento especialmente en la circunstancia de que al prestar declaración en juicio, esto es, en el lugar donde se rinde la prueba, la víctima y ex conviviente del encartado, I.L.M.U., luego de relatar que efectivamente al ingresar a su domicilio de XXXXX, se encontró con aquél al interior de la vivienda escondido detrás de una puerta, no refirió en momento alguno expresión proferida por éste que pudiera calificarse como una amenaza, que le dieran a entender que pretendía inferirle un mal, y bajo ningún respecto expresó aquellas que le fueron imputadas a W.A.A.C., esto es, que la mataría y que le quemaría la casa.”

Reconoce que, la expresión exacta que se imputó, no se tuvo por probada, pero ello no implica que no se encuentre acreditada una amenaza en los términos que se imputaron y que se buscaba probar, porque, conforme a derecho, no es otra cosa que una amenaza en contexto VIF aquello que el fallo describe como otro, de tal manera que su no coincidencia implique de inmediato una contraposición, como se ha propuesto por el fallo, sin dar cuenta además de una razón suficiente para así expresarlo.

En segundo lugar, se ha vulnerado el principio de la no contradicción, ello en relación a la declaración de los peritos que declararon durante la audiencia del juicio oral en relación con el origen del incendio. Respecto de la causa del incendio, depusieron en juicio, los peritos don Javier Alejandro Montes Lemus, ingeniero eléctrico y Jefe del Departamento de Investigación de Incendios del Cuerpo de Bomberos de Puerto Montt, y don Manuel Angulo Fuenzalida, Teniente del Departamento de Criminalística de Carabineros.

Respecto del primer perito, se consigna en la sentencia -considerando décimo séptimo- “en la búsqueda de causales del incendio, previo descarte de problemas en los sistemas eléctricos, así como de preparación de alimentos y de calefacción, constató la existencia de un foco en el segundo piso de la vivienda, donde sobre lo que quedaba de una cama, encontró la mayor concentración de fuego, concluyendo que se produjo una inflamación de la ropa de cama, ello provocado por un objeto portador del fuego no identificado, manipulado por terceras personas, sin perjuicio de desconocer si en dicha manipulación había existido algún tipo de intención.”, y por su parte, el segundo perito, explicitó -considerando décimo séptimo- que “centró su atención en la habitación principal donde evidenció aglomeración de ropa de material sintético, y ante el descarte de elementos atribuibles como fuente de calor, sea una estufa, un brasero o similar, descartada igualmente la presencia de acelerantes, concluyó que la ignición debió producirse por una llama abierta aplicada al material sintético o ropa de cama que no pudieron arder por sí solos, no obstante se les aplicó una llama abierta, generando un incendio que se propagó a la habitación contigua y que sólo se controló por la acción de terceros.”

Señala que, ambos peritos son contestes en declarar que el foco principal del incendio intencional fue llama abierta aplicado a material sintético o ropa de cama, no obstante lo cual, la sentencia ha querido restar todo valor a estas pericias fundada en dos argumentaciones contradictorias con la prueba rendida:

(1) en el considerando décimo séptimo de la sentencia: “las pericias reseñadas previamente, resultaron insuficientes para tener por acreditados, más allá de toda duda razonable, los presupuestos fácticos que el Ministerio Público se obligó a probar. Cabe señalar que en ambos casos, las conclusiones vertidas por los investigadores surgen del descarte de las otras posibilidades que en su concepto, pudieron converger y provocar el fuego que consumió parte de la vivienda de I.L.M.U., esto es, la ausencia de fuentes de calor, sea estufas, braseros, televisores u otros en las cercanías de los focos mencionados, y hecho probado cuando señala que, “teniendo prohibición de acercarse a la víctima y a su domicilio el acusado, ingresa por una ventana a la casa de la víctima cuando no habían moradores donde esperó a su ex conviviente, quien llegó pasadas las 12:30 horas, produciéndose un altercado entre ellos, huyendo posteriormente la víctima en dirección a la casa de una vecina.”

Refiere que, del fáctico acreditado, se desprende que el acusado, agazapado en la casa de la víctima esperando su llegada, estaba en situación no sólo de desobediencia a una orden judicial, sino en plena concreción de un delito de violación de morada, amenazando con su sola presencia a la víctima con la persistencia, a lo menos, en la ejecución actual de ambos delitos, lo que se deduce del hecho que después del altercado, es ella quien huye de su propia casa. De lo anterior, resulta entonces que, la entrada y permanencia del acusado en la casa, es suficiente para dar por real, seria y verosímil, una amenaza de a lo menos dos males, augurios de tantos otros por venir, ya experimentados antes por la víctima en la historia de violencia intrafamiliar y de género que motiva éstos y los anteriores hechos imputados al acusado contra la madre de sus hijos.

En cuanto al aspecto tipificado de la imputación en comento, sostiene que, el delito de amenazas se regula en el derecho chileno en los artículos 296 y 297 del Código Penal. El legislador no define en forma precisa qué entiende por “amenazar”, limitándose a exigir que se trate de una expresión “seria” y “verosímil”. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define “amenazar”, como “Dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer mal a alguien”. Si bien, parte de la doctrina, entiende el “amenazar” como una “advertencia verbal de la ejecución de un mal”, también se ha defendido como posibilidad de ejecución el que la “advertencia” se desarrolle en forma implícita (mediante gestos, por ejemplo) o indirecta (mediante el daño o la afectación de determinados objetos, por ejemplo), no siendo relevante en ninguna postura el que sea para un contexto inmediato (“te voy a matar”) o para un futuro relativamente próximo (“si te vuelvo a ver te mataré”).

Finaliza su arbitrio, en este acápite, señalando que, el error descrito influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que, de haberse aplicado correctamente el derecho, se habría considerado acreditado y se habría condenado por el delito de amenazas del artículo 296 N°3 Código Penal.

Que, respecto a la segunda causal de nulidad que invoca, conjuntamente con la anterior, es la contenida en el artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) y artículo 297, todas del Código Procesal Penal, por cuanto en el desarrollo de los argumentos para arribar a las conclusiones absolutorias, se ha vulnerado las reglas de la lógica, y ello ocurre desde dos puntos de vistas.

En primer lugar, se ha vulnerado el principio de la razón suficiente, en tanto ninguna enunciación puede ser verdadera sin que haya una razón suficiente para que sea así y no

de otro modo. El fallo ha incurrido en una incorrección lógica al determinar, sin razón suficiente, que hubo una contraposición insalvable en la declaración de un testigo, lo que permitió restarle valor probatorio a su declaración. En este contexto, señala que se refiere a la testigo R.A.V., cuyo relato es descrito y valorado en el considerando décimo séptimo de la sentencia en alzada de la siguiente forma: “Continuando con su relato en sede de juicio oral, R.A.V. señaló que W.A.A.C. se volvió a ir, que ella le dijo que se fuera, que pensaba que se había ido cuando al rato escuchó que volvió a gritar, que tocó su puerta, nuevamente quería que I.L.M.U. saliera, vio que se retiró nuevamente pero regresó al rato para gritar lo siguiente “dile a esa concha de su madre que ya le dejé quemada su casa para que no viva con ningún huevón ni con sus guachos”. R.A.V. señaló que subió al segundo piso y que vio que se estaba incendiando el primer piso de la casa de su vecina, que incluso le dijo a su sobrino C.M.A. “ese huevón le quemó su casa”, y que pescó una manguera, llegaron vecinos y todos ayudaron a sacar las cosas de I.L.M.U., la que quedó quemada en todo su segundo piso, no así el primer piso. Y al contraexamen de la defensa reconoció que no vio que W.A.A.C. fuera a la casa y prendiera fuego a las cortinas, sólo que al percibir el humo lo vio arrancando”.

Que, para fortalecer el punto de una insuficiencia probatoria, con la que se apoya la conclusión absolutoria el fallo en revisión, éste propone una conclusión a todas luces carente de razón. En efecto señala, sin más desarrollo, “que las expresiones que habría escuchado decir R.A.V. se contraponen con lo que ella declaró en sede investigativa al funcionario de Carabineros Jair González Torres, pues éste manifestó que la mentada vecina le relató que W.A.A.C. había amenazado con quemar la casa y que después ésta se empezó a quemar, mas no le dijo que había quemado la casa información que R.A.V. tampoco proporcionó al Carabiniero José Alarcón Oyarzo, sosteniendo tanto I.L.M.U. como R.A.V. a este funcionario policial, quien llegó al sitio del suceso tan sólo tres o cuatro minutos después de recibir la alerta... que sindicaban a W.A.A.C. como el autor del incendio porque no divisaron a otra persona en el lugar.”

Refiere que, el tribunal ha incurrido en la vulneración al principio de la razón suficiente al haberse restado valor probatorio a la declaración de la testigo porque no puede pretenderse que se repita en juicio precisamente aquello que se declaró durante la etapa de investigación. Que, la valoración que se efectuó de ellas no puede sustentarse en la comparación de la textualidad de un registro y descartaron igualmente la existencia de problemas eléctricos, sin embargo, ambos peritos no son contestes en cuanto al número de focos al interior de la vivienda – Montes Lemus habla sólo del relativo a una habitación del segundo piso y Angulo Fuenzalida refiere dos, uno en las cortinas del primer nivel y el segundo, en la habitación número 1 del segundo nivel -; pero más importante, aún, ninguno de ellos se hace cargo de la evidente alteración del sitio del suceso que en este caso aconteció – así lo relataron I.L.M.U., el Suboficial Mayor José Alarcón Oyarzo y el Carabiniero Jair González Torres - y el propio investigador Montes concedió que si en un sitio del suceso ingresan muchas personas, sus conclusiones no deberían variar si no se mueve nada, pero por el contrario, si por ejemplo, sobre la cama había un calefactor y alguien se lo llevó, ello sí podría alterar su conclusión, y precisamente esto ocurrió en el caso que nos ocupa, personas ingresaron a la vivienda y sacaron cosas. Y de igual modo el Teniente Angulo Fuenzalida reconoció que al arribar al sitio del suceso, éste se encontraba alterado, no sólo a propósito de las maniobras desplegadas para apagar el fuego por parte de bomberos sino porque también ingresaron vecinos; I.L.M.U. explicitó que

se sacaron diversos electrodomésticos, pero que ni siquiera puede precisar la cantidad de gente que ingresó a su casa; de igual modo el funcionario Alarcón Oyarzo, señaló que se sacaron cosas de la casa, en tanto que González Torres igualmente refirió la presencia de vecinos en el lugar.” Tal reseña a una constatación marginal, que en ningún caso anula recíprocamente las declaraciones de ambos peritos, invisibiliza la idea principal que sí prueba el punto sugerido por la Fiscalía, que es que el incendio es intencional y que el foco que se propaga y genera el incendio es según ambos peritos, el del segundo piso. Que, según un perito haya un foco acotado a unas cortinas en el primer piso, no es suficiente para restar valor a la conclusión principal; y (2) La sentencia no hace más que desviar la atención a lo realmente probado -un incendio intencional-, es la propuesta efectuada en el considerando transcrito en torno a que las conclusiones de los peritos no serían válidas porque hubo alteración del sitio del suceso. Al respecto cabe señalar que las especies que los vecinos tratan de salvar fueron las del primer piso y no las del segundo, que estaba en llamas, así lo dice la testigo R.A.V. y la misma víctima. En efecto, consultada la víctima, doña I.L.M.U., ella señaló en el juicio, a propósito de los vecinos que llegaron a su casa una vez desatado el incendio: “Entre todos trataron de apagar el fuego y sacar las cosas que se podían salvar ...sacaron un televisor, un equipo, un refrigerador, una lavadora...” (minuto 29 de su declaración). Por su parte, la testigo R.A.V., a partir del minuto 15 de su declaración, ella señaló que no se habían dado cuenta del fuego en el segundo piso. Que, ella en principio, al entrar con otros vecinos se dio cuenta solo del fuego en el primer piso. Y luego, a partir del minuto 18.39, señaló, a propósito del estado en que quedó la casa de la víctima: “La parte del segundo piso de la casa se quemó completa, Abajo no, porque alcanzamos a apagar con la manguera y con los vecinos sacamos algunas cosas que se podían salvar dentro de la casa”.

Por otra parte, no puede entenderse la marginación de una prueba tan importante como ésta, a partir de un ejemplo límite e inconexo, como lo es, el de un calefactor sobre la cama. Ningún testigo, y tampoco la víctima, se refirió al rescate de alguna especie del segundo piso. La víctima señaló qué cosas se rescataron de su casa, entre las que no había calefactor alguno, y la declaración de R.A.V. permite aclarar que las cosas que se salvaron estaban en el primer piso de la vivienda. En conclusión, la valoración negativa dada a las declaraciones de los peritos proviene de una fundamentación teñida de contradicción con las demás probanzas del juicio, lo que constituye un vicio de nulidad reparable sólo por esta vía recursiva en los términos solicitados.

Solicita, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 386 del Código Procesal Penal, se anule el juicio oral y la sentencia, debiendo determinarse por esta Corte el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, disponiendo la remisión de los autos al Tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización un nuevo juicio oral fijando día y hora para tal efecto.

A folio 4, mediante resolución de fecha 28 de julio del año en curso, esta Corte declaró admisible el recurso de nulidad deducido por la representante del Ministerio Público.

Con fecha 04 de agosto en curso, se llevó a efecto la audiencia de vista del recurso, luego de oír los alegatos de los intervinientes se dispuso como fecha para la comunicación del fallo el día de hoy a las 13:00 horas.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, antes de entrar al fondo de las causales de nulidad invocadas, y como forma de aclarar el análisis que se hará del arbitrio en estudio, de la simple lectura del libelo recursivo puede constatar que se han invocado dos causales de nulidad, de manera conjunta, pero la primera de las mismas, dice relación con atacar la sentencia en alzada en cuanto a la absolución del acusado por el delito de amenazas, invocándose la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, haber incurrido la sentencia en una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al no aplicar a los hechos probados en juicio, la calificación de Amenazas en Contexto de Violencia Intrafamiliar, del artículo 296 N°3 del Código Penal, en relación con el artículo 5 de la Ley N°20.066; y segunda causal de nulidad, conjuntamente deducida, dice relación con atacar la sentencia en alzada en cuanto a la absolución del acusado por el delito de incendio de lugar destinado a servir de morada, invocándose la causal del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) y artículo 297, todas del Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Que, luego de aclarado lo anterior, y ahora en cuanto a la primera causal de nulidad interpuesta en contra de la sentencia en revisión, en aquella parte que absuelve al acusado del delito de amenazas, invocando al efecto la recurrente el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, haber incurrido la sentencia en una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al no aplicar a los hechos probados en juicio, la calificación de Amenazas en Contexto de Violencia Intrafamiliar, del artículo 296 N°3 del Código Penal, en relación con el artículo 5 de la Ley N°20.066; cabe señalar que, en el considerando décimo segundo del fallo en alzada, se establecen los hechos acreditados, y en este sentido, el tribunal a quo tuvo por acreditado el siguiente hecho: “Alrededor del mediodía del 10 de junio de 2019, W.A.A.C. concurrió hasta el inmueble ubicado en XXXXX, correspondiente al domicilio de su ex conviviente I.L.M.U. y de los cuatro hijos en común, que en ese momento se encontraba sin moradores, ingresando al interior de éste por una ventana donde esperó a su ex conviviente, quien llegó pasadas las 12:30 horas, produciéndose un altercado entre ellos, huyendo posteriormente la víctima en dirección a la casa de una vecina.”

Que, en este sentido, y como se consigna pormenorizadamente en el considerando décimo sexto de la sentencia en estudio, el Ministerio Público se obligó voluntariamente, según el auto de apertura de juicio oral, a probar que “el imputado trató de agredir a I.L.M.U., su ex conviviente, señalándole que la mataría y que le quemaría la casa”, pero en la audiencia de juicio oral respectiva, la propia víctima no refirió en momento alguno expresión proferida por el acusado que pudiera calificarse como una amenaza, que le dieran a entender que pretendía inferirle un mal, y bajo ningún respecto aquellas que le fueron imputadas al acusado, esto es, que la mataría y que le quemaría la casa. En el mismo sentido, la testigo R.A.V. no refiere haber escuchado las expresiones imputadas por la acusadora fiscal, expresiones que el propio acusado niega al prestar su declaración en estrados. La propia víctima no relata tales sucesos, no padeciendo olvido de lo ocurrido, y tampoco el Ministerio Público recurrió a la facultad que le otorga el artículo 332 del Código Procesal Penal como forma de ayudar la memoria de la misma.

Que, todo lo anterior, y como se consigna expresamente en el considerando décimo sexto del fallo en estudio, “la ausencia de relato en lo concerniente a estas supuestas amenazas por parte de quien se señaló fue sujeto pasivo de ellas, permite concluir que las probanzas rendidas e incorporadas fueron insuficientes para tener por acreditado, bajo el estándar de

convicción exigido por el legislador adjetivo, esto es, más allá de toda duda razonable, que el acusado W.A.A.C. refiriera a su ex conviviente I.L.M.U., al interior de la vivienda de XXXXX, que la mataría y le quemaría la casa, motivo suficiente para dictar sentencia absolutoria a favor del acusado en lo que a este capítulo de la acusación concierne.”; todo lo antes expuesto, no permiten recurrir a los sentenciadores de base a aplicar el tipo penal del artículo 296 N°3 del Código Penal, porque justamente no se probó la existencia de la acción típica, antijurídica y culpable del imputado, en relación al artículo 1° del Código Penal.

TERCERO: Que, asimismo, hay que tener presente que el artículo 373 del Código Procesal Penal dispone que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, cuando en el pronunciamiento del fallo se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo. Al respecto la Excm. Corte Suprema ha señalado que este motivo de invalidación dice relación con el contenido de la sentencia impugnada y, en particular, con las consideraciones de derecho tenidas en vista por los jueces del fondo para calificar un hecho como delito, como también respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal del acusado, ya sea al fijar la naturaleza y el grado de la pena.

En resumen, el reproche debe estar referido a una errónea aplicación de la ley sustantiva penal en relación tanto a la calificación jurídica de los hechos como de la participación culpable, o que determinen finalmente una condena o absolución de alguien con motivo de una persecución penal y sobre la base de una acusación que especifique las situaciones de imputabilidad respecto de un sujeto. En este entendido, resulta indispensable puntualizar que, frente a la causal invocada, los hechos asentados no resultan modificables en este estadio procesal.

CUARTO: Que, conforme a lo razonado precedentemente, resulta del caso concluir que la no aplicación del artículo 296 N°3 del Código Penal en relación con el artículo 5 de la Ley N° 20.066, que se ha hecho por el sentenciador del tribunal a quo en la sentencia impugnada, frente a los hechos que no se tuvieron por acreditados en el motivo décimo sexto del fallo, no ha importado una interpretación errónea de dicha norma, por lo cual habrá de desestimarse el recurso de nulidad basado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en que ha sustentado su recurso el Ministerio Público.

A mayor abundamiento, a juicio de estos sentenciadores, el verdadero reproche que se contiene en el recurso, escondido bajo el ropaje de una causal de orden formal, se refiere a un asunto que tiene que ver con el fondo del asunto, concretamente, con la configuración del tipo penal materia de la indagación y del juicio. Es decir, con la existencia del delito de amenazas.

QUINTO: Que, en cuanto a la segunda causal de nulidad interpuesta en contra de la sentencia en revisión, en aquella parte que absuelve al acusado por el delito de incendio de lugar destinado a servir de morada, invocándose la causal del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) y artículo 297, todas del Código Procesal Penal, la recurrente para fundamentar el motivo absoluto de nulidad que invoca como causal de su recurso, señaló tanto en su escrito recursivo como en estrados, que la sentencia impugnada en la valoración de la prueba se contravinieron las reglas de la lógica, en cuanto al principio de razón suficiente -por un lado-, y en cuanto al principio de la no contradicción -por otro

lado-, vicios que, según la recurrente, se han materializado en el considerando décimo séptimo del fallo en revisión.

SEXTO: Que, el motivo de nulidad invocado en esta etapa de estudio, es el previsto en el artículo 374 letra e), en relación al artículo 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal. La primera disposición señala que el juicio y la sentencia serán siempre anulados cuando, entre otros casos, en la sentencia se hubieren omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e). La segunda norma, esto es, la del artículo 342 letra c), estatuye que la sentencia contendrá la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297. A su vez, esta última dispone que los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En el inciso segundo, señala que el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. Y el inciso final indica que la valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y que esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

SEPTIMO: Que, en este sentido, el Ministerio Público esgrime como fundamento del recurso de nulidad la causal prevista por la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 297 y 342 letra c) del mismo texto legal, pues estima que el fallo infringe el principio de la razón suficiente, entendido como que “ninguna enunciación puede ser verdadera sin que haya una razón suficiente que para que sea así y no de otro modo”, lo que se relaciona con el raciocinio que busca fundamentar el conocimiento, o con un criterio formal de fundamentación. Al buscar la razón suficiente del juicio, se debe investigar el apoyo o fundamento material de lo enunciado, lo que equivale a indagar en la prueba materia vertida en el proceso, ello por cuanto sobre la base de la prueba rendida en juicio el sentenciador extraerá conclusiones relativas al hecho acreditado, participación, circunstancias anexas al hecho, etc.; que tendrán como consecuencia, una decisión absolutoria o condenatoria. La decisión debe contener argumentos que la justifiquen, para ser entendida y aceptada por los intervinientes, permitiendo de esa forma la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que arribe.

OCTAVO: Que en atención al motivo de nulidad que se esgrime por la recurrente, es pertinente anotar que la razón suficiente se vincula con la necesidad de que en la sentencia se contengan los fundamentos que justifiquen racionalmente el juicio de hecho y, por ende, dice relación con la motivación de la decisión. El sentenciador se encuentra obligado a examinar la totalidad de la prueba aportada, en la forma exigida por el artículo 297 del Código Procesal Penal, y por tanto, existe acuerdo en la doctrina en que la ausencia o falta de fundamentación abarca los vacíos en el discurso, las inconsistencias en la argumentación y la falta de explicación para excluir o reafirmar una hipótesis.

En el fallo impugnado, en el motivo décimo séptimo, se puede constatar que se efectúa una valoración conjunta de la testimonial (incluida la declaración de la víctima) y la prueba pericial incorporada. De la lectura de este motivo se observa que el sentenciador de base, no adquiere la convicción íntima que les permita arribar a una conclusión acorde a la proposición fáctica planteada, la cual en este caso consistió en el siguiente suceso: “[...] para luego el imputado ingresar nuevamente a la casa de su ex conviviente y encender con fuego las cortinas del primer piso de la vivienda y ropas que se encontraban en el segundo piso de la casa. Así, el imputado provocó un incendio que se propagó al resto del inmueble, que resultó dañado en un 70% de su estructura. Al irse del lugar, el imputado gritó a la víctima a viva voz que ahora ella y sus hijos se habían quedado sin casa.”

Luego, se analiza en este considerando el testimonio entregado en juicio por I.L.M.U. (víctima), quien señala “[...] en ese momento W.A.A.C. estaba afuera y enseguida que cuando la casa se estaba quemando W.A.A.C. ya no estaba, pero que entre esta discusión que oyó pero cuyo tenor no pudo apreciar, y el fuego, habría pasado poco rato, añadiendo enseguida que se quemó el segundo piso de la vivienda, que el incendio empezó en la pieza de sus hijos, que todos los vecinos tomaron lo que pudieron para apagar el incendio, que sacaron las cosas que podían salvar [...]”.

Acto seguido, el fallo impugnado se hace cargo del testimonio de R.A.V., quien señala “[...] que subió al segundo piso y que vio que se estaba incendiando el primer piso de la casa de su vecina, que incluso le dijo a su sobrino C.M.A. “ese huevón le quemó su casa”, y que pescó una manguera, llegaron vecinos y todos ayudaron a sacar las cosas de I.L.M.U., la que quedó quemada en todo su segundo piso, no así el primer piso. Y al contraexamen de la defensa reconoció que no vio que W.A.A.C. fuera a la casa y prendiera fuego a las cortinas, sólo que al percibir el humo lo vio arrancando.”

Se continúa, en el considerando décimo séptimo en análisis, con “[...] el testimonio de oídas proveniente del Suboficial de Carabineros Nelson Guzmán Guzmán, el relato de C.M.A., sobrino de R.A.V., quien de acuerdo a ésta, se encontraba al interior del domicilio cuando llegó I.L.M.U. [...]”, concluyéndose “[...] I.L.M.U. expresó que C.M.A. sólo llegó cuando empezó el fuego en su casa.”

Concluyéndose, en dicho considerando en estudio, con los testimonios de los peritos Javier Alejandro Montes Lemus, quien señala “[...] en la búsqueda de causales del incendio, previo descarte de problemas en los sistemas eléctricos, así como de preparación de alimentos y de calefacción, constató la existencia de un foco en el segundo piso de la vivienda, donde sobre lo que quedaba de una cama, encontró la mayor concentración de fuego, concluyendo que se produjo una inflamación de la ropa de cama, ello provocado por un objeto portador del fuego no identificado, manipulado por terceras personas, sin perjuicio de desconocer si en dicha manipulación había existido algún tipo de intención.”; y del perito Manuel Angulo Fuenzalida, consignándose en el referido considerando, “[...] centró su atención en la habitación principal donde evidenció aglomeración de ropa de material sintético, y ante el descarte de elementos atribuibles como fuente de calor, sea una estufa, un brasero o similar, descartada igualmente la presencia de acelerantes, concluyó que la ignición debió producirse por una llama abierta aplicada al material sintético o ropa de cama, generándose gran propagación de humo hacia el costado de la habitación, y asimismo la ignición del material que recubría las paredes y cielo, esto es, una especie de internit, que se vuelve un polvo blanco una vez descompuesto por la acción del fuego, estableciendo la

existencia de dos focos al interior del domicilio, el primero en el primer piso, las cortinas, que no obstante no estar destinadas a arder, ardieron; y un segundo foco en la habitación principal o denominada habitación número 1, en la que se encontraba material sintético, vestimentas, ropa de cama y un colchón, que no pudieron arder por sí solos, no obstante se les aplicó una llama abierta, generando un incendio que se propagó a la habitación contigua y que sólo se controló por la acción de terceros.”

NOVENO: Que, en el mismo considerando décimo séptimo del fallo recurrido, los sentenciadores dan las razones por las cuales no tienen por acreditados, más allá de toda duda razonable, los presupuestos fácticos que el Ministerio Público se obligó a probar, y que se han mencionado al inicio del motivo anterior.

Por todo lo antes expuesto, a juicio de estos sentenciadores el fallo en revisión no ha vulnerado las reglas de la lógica en cuanto al principio de la razón suficiente, debiendo, por tanto, desestimarse a este respecto el arbitrio en estudio.

DECIMO: Que, en cuanto al principio de no contradicción, de conformidad a la doctrina expresada por la Excelentísima Corte Suprema para estar en presencia de una infracción en el contexto del proceso penal, se requiere que el impugnante: 1° Identifique las proposiciones fácticas que se refieren a escenarios idénticos contenidas en la sentencia; y 2° Señale las conclusiones afinadas en una sola de las proposiciones contradictorias, sin embargo, a que llega el tribunal. Es claramente, en consecuencia, un tema que dice relación con lo argumentado por el tribunal en su sentencia que conduce a la invalidación de su razonamiento, no tratándose de un problema respecto a discrepancias entre la valoración efectuada por el tribunal y la planteada por ente persecutor, argumento suficiente para desechar también este motivo absoluto de nulidad.

A mayor abundamiento, se debe indicar que uno de los problemas centrales del recurso en revisión consiste en extraer algunos trozos de las declaraciones de los peritos que menciona, convenientes a sus intereses, pero sin tener en cuenta la información que es posible extraer del conjunto de las probanzas rendidas y que se consignan en el mismo considerando décimo séptimo del fallo en alzada y latamente referido en el motivo octavo anterior de esta sentencia, pues la valoración de la prueba no acontece de modo tal que los medios de prueba fueren compartimentos estancos, que no se comunican unos a otros, sino que precisamente lo exigido es que luego de la evaluación de lo que cada uno produce en términos de información relevante, se efectúe un análisis de toda la prueba rendida, con la finalidad de lograr conformar una versión de los hechos que se dan por establecidos, que pueden ser subsumidos en las exigencias típicas de que se trate, por cierto con el análisis relativo a la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta y la determinación judicial de la pena. Todo lo anterior ha sido palmariamente desarrollado por el tribunal a quo en el fallo recurrido, no vislumbrándose por estos sentenciadores una vulneración al principio de la no contradicción como lo sustenta la recurrente.

Con lo expuesto, mérito de autos, disposiciones legales citadas y visto, además, lo establecido en los artículos 297, 340, 342, 372, 373 letra b), 374, letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se declara:

Que, SE RECHAZA, sin costas, el recurso de nulidad interpuesto por doña Myriam Pérez Rodríguez, Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Puerto Montt, en causa RIT N°40-2020, RUC 1900623054-K, en contra de la sentencia de fecha ocho de julio de dos mil veinte

dictada por los Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, la que en consecuencia no es nula.

Regístrese, comuníquese y remítase vía interconexión. Redactado por Abogado Integrante don Cristian Oyarzo Vera. Rol Penal N° 520-2020

Jorge Benito Pizarro Astudillo Ministro

Fecha: 24/08/2020 13:43:26

Gladys Ivonne Avendano Gomez Ministro

Fecha: 24/08/2020 13:43:27

CRISTIAN IVAN OYARZO VERA

Abogado

Fecha: 24/08/2020 13:44:48

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Rit: 135-2018

Ruc: 1700716127-1

Delito: Robo con violencia e intimidación; Receptación.

Defensora: Marta Carol Munzenmuyer Machado.

3.-Se rechaza recurso de nulidad interpuesto por Ministerio Público en contra de sentencia que absuelve a imputado cuyo único antecedente de cargo era su propia declaración ([CA Valdivia 07.09.2020 rol 557-2020](#)).

Norma Asociada: CPP ART. 340; CPP ART. 374 e; CPP ART. 342 c; CPP ART. 297.3

Tema: Recursos; Prueba.

Descriptor: Confesión; Derecho probatorio; Garantías; Pruebas; Recurso de nulidad;

SINTESIS: *Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, rechaza recurso de nulidad en contra de sentencia absolutoria del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno. El Ministerio Público alega que no se tomó en cuenta la declaración inculpatoria del imputado al momento de tomar dictar la sentencia. Corte estima que tal declaración fue el fundamento, pues en virtud del artículo 340 del CPP, tal declaración no puede ser el único antecedente para efectos de la imputación de participación de un hecho punible (considerandos 7 y 8).*

TEXTO COMPLETO:

Valdivia, siete de septiembre de dos mil veinte.

Visto:

Por sentencia de diecisiete de Julio de dos mil veinte, dictada por una sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, se absolvió a don U.A.M.M. de la acusación formulada en su contra como autor de los delitos de Robo con Violencia e intimidación en grado de ejecución frustrado y como autor del delito de Receptación, en grado de desarrollo consumado.

En contra de la referida sentencia recurre de nulidad don Daniel Alvarado Tiquer , Fiscal adjunto del Ministerio Público, invocando la causal contenida en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letra c) y 297 inciso tercero , todos del mismo texto legal, por estimar que el fallo recurrido no menciona, no expone ni se hizo cargo de la declaración del imputado, no obstante lo cual alude a ella de forma determinante para sustentar su fallo absolutorio.

Considerando.

1.- Que por la causal que se invoca, se cuestiona el análisis que se ha efectuado de la prueba consistente en la declaración del acusado, lo que infringiría el deber de fundamentar el fallo en la valoración de los medios de prueba que se han allegado al juicio, elementos de razonamiento que se estiman ausentes por parte de quien recurre.

2.- Que para los efectos de resolver el recurso, cabe tener presente que lo que se cuestiona de manera específica, es que nada se dice, nada se expone y nada se valora, respecto de la declaración del acusado, conteniendo tan solo el considerando sexto del fallo en cuestión, una escueta alusión en que se expresa que los demás medios de prueba, no corroboran la versión dada por el acusado.

3.-Que el fallo aludido , indica en su considerando cuarto: “ Con el mérito de los antecedentes aportados en juicio, el Tribunal pudo establecer por sobre toda duda razonable que, el 2 de Agosto de 2017, como a las 08:10 horas, cinco sujetos, a bordo de una camioneta que había sido sustraída, llegaron a Puerto Octay, oportunidad en que cuatro de ellos ingresaron a las oficinas de la sucursal del Banco Estado donde, mediante el uso de violencia , redujeron a H.M.S., Agente del banco, a quien requirieron la entrega de llaves de la bóveda y, al vigilante P.V.A., a quien maniataron , mientras otro los aguardaba en las inmediaciones, al volante de la referida camioneta.

Tras activarse la alarma del banco y al constituirse Carabineros en el lugar, sin alcanzar su propósito, los sujetos huyeron en la camioneta guiada por uno de ellos, circunstancia en la cual algunos dispararon en contra del personal policial cuando eran perseguidos por el camino a Quilanto, hasta que, ante un desperfecto de la camioneta, el conductor cruzó el móvil en el camino y continuaron huyendo a pie.

A consecuencia de la agresión de que fueron objeto, H.M.S. resultó con una herida cortante en el cuero cabelludo y P.V.A. resultó con una herida cortante frontal, ambas calificadas clínicamente como leves.

4.- Que de consiguiente, es un presupuesto fáctico asentado en la sentencia la ocurrencia de los hechos señalados, respecto de los cuales, el aludido considerando Sexto señala: “ Que si bien los hechos establecidos permiten configurar a lo menos los delitos de robo con violencia , homicidio frustrado a Carabineros de servicio y receptación, los antecedentes ya resumidos y valorados conforme a derecho, no aportan ni siquiera un dato que permita establecer o al menos corroborar y ratificar los dichos de U.A.M.M., con los que , desde el inicio de la investigación y muy principalmente ante estrados, ha reconocido que era él quien antes y durante los hechos conducía la camioneta en la que todos huyeron después de fracasar en el robo del banco”.

5.- Que la simple lectura del considerando sexto, permite concluir, que la alegación formulada por el recurrente, carece de sustento fáctico, ya que en ella se expresa de manera clara y precisa, aunque de modo sintético y sin recurrir a transcripciones, que ha sido el propio acusado, el que reconoce su participación en los hechos descritos, en los términos que se señala.

6.- Que lo antes expuesto, se estima suficiente razón para desechar la alegación formulada por el recurrente. Sin embargo, resulta necesario, ya no solo para desechar la causal invocada, sino para entender la decisión absolutoria del tribunal recurrido, analizar la expresión contenida en el inciso final del considerando sexto que señala: “ La única versión que da cuenta de la conducta desplegada por el acusado en los hechos que le son imputados, resulta del todo insuficiente para poder establecer , conforme a derecho , su participación, desde que expresa y categóricamente , la parte final del artículo 340 del Código Procesal Penal, dispone perentoriamente, que no es posible condenar a una persona con el solo mérito de su declaración, como en el caso de autos ha quedado establecido que sucede.

7.- Que resulta entonces, que no solo ha sido analizada la declaración del acusado, sino que ésta ha sido el fundamento de la decisión para aplicar el artículo 340 del Código Procesal Penal, ya que se estimó que la única prueba inculpatoria era la declaración de éste, lo que no puede servir como única prueba para la imputación de participación en los hechos acreditados, so pena de incurrir en un vicio, por transgresión de una prohibición expresa.

8.- Que en ese contexto, es claro que los jueces, dados los antecedentes que fundamentan el fallo, las expresiones y razonamientos contenidos en éste y las conclusiones en cuanto a los hechos constitutivos de delitos a los que se arribaron, han aplicado la norma contenida en el artículo 340 del Código Procesal Penal, que tiene por fundamento la existencia de una declaración inculpatoria del acusado, por lo que la alegación de falta de análisis de la misma, carece de toda lógica, razón que no permite en definitiva, acoger el arbitrio impetrado por el Ministerio Público.

En consecuencia, en mérito de lo señalado, y atento lo dispuesto en los artículos 372 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por don Daniel Alvarado Tiquer, Fiscal Adjunto del Ministerio Público, en contra de la sentencia de diecisiete de Julio de dos mil veinte, pronunciada por una sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, en causa Rit 135-2018 de dicho tribunal, la que no es nula, como tampoco el juicio de la cual deriva.

Regístrese y comuníquese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Luis Felipe Galdames Bühler.
N°Penal-557-2020.

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Valdivia integrada por los Ministros (as) Juan Ignacio Correa R., Luis Moisés Aedo M., María Elena Llanos M., quien por falla en el dispositivo electrónico (Token) destinado a tal efecto no firma. Valdivia, siete de septiembre de dos mil veinte.

En Valdivia, a siete de septiembre de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Tribunal: Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt.

Rit: 30-2020

Ruc: 1901211168-4

Delito: Sustracción de menor; Coacciones mediante violencia.

Defensor: Boris Sanhueza Aguilar y Claudio Herrera Reyes.

4.-Tribunal Oral en lo Penal absuelve del delito de sustracción de menores a imputado, reconduciendo el hecho al delito de coacciones mediante violencia, previsto en el artículo 494 N°16 del Código Penal ([27.07.2020 rit 30-2020](#)).

Normas asociadas: CP ART. 142 N°2; CP ART. 494 N°16.

Tema: Interpretación de la ley penal; Tipicidad; Juicio Oral.

Descriptor: Delito frustrado; Principio de legalidad; Sustracción de menores; Valoración de la prueba.

SINTESIS: *Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt acoge posición de la defensa de reconducir los hechos acreditados a la falta de coacciones mediante violencia contenida en el artículo 494 N°16 del Código Penal y desecha la posición del Ministerio Público de condenar por sustracción de menores prescrito en el artículo 142 N°2 del Código Penal. Tribunal analiza si la interrupción momentánea de la facultad de movimiento de la víctima constituye efectivamente una afectación relevante de su libertad ambulatoria. Establece que la sujeción corporal es constitutiva de violencia, y equivalen a la supresión de la capacidad corporal de ejecución de la voluntad de la víctima, siendo solo subsumibles en la figura del artículo 494 N°16 del Código Penal (considerandos 12, 13,14 y 15).*

TEXTO COMPLETO:

PUERTO MONTT, Julio veintisiete de dos mil veinte.

VISTOS, OIDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, desde el día viernes 17 al miércoles veintidós recién pasados, ante esta segunda sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, constituido por el Juez Presidente de la misma don Francisco Javier del Campo Toledo, y por los jueces titulares don Andres Villagra Ramírez y don Jaime Rojas Mundaca, por sistema de video conferencia en la plataforma zoom, se llevó a efecto la audiencia de Juicio Oral en la causa rol interno del tribunal N°30-2020, seguida en contra de **J.A.S.S.**, chileno, apodado "XXXX", sin nombres supuestos, natural de Calbuco, nacido el XXXXXX, XX años de edad, cédula nacional de identidad N°XXXXX, soltero, lee y escribe, básicos, jornalero, domiciliado en calle XXXXX.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el Fiscal adjunto don Patricio Llancamán Nieto.

La defensa del acusado estuvo a cargo de los defensores de la defensoría penal pública don Boris Sanhueza Aguilar y don Claudio Herrera Reyes.

Acusación

SEGUNDO: Que, el Ministerio Público, de acuerdo al auto de apertura remitido a este Tribunal, imputó al acusado los siguientes hechos:

“El día 10 de noviembre de 2019, aproximadamente a las 16:45 horas, la víctima en estos hechos, esto es, la niña cuyo nombre mantiene las iniciales «RESERVADO»

., nacida el 04 de mayo de 2010, transitaba por calle Severo Cofré de la comuna de Calbuco junto a su hermano y un primo, y en tales circunstancias fue interceptada por el acusado J.A.S.S. quien inicialmente le ofreció dulces bajo la condición de llevársela del lugar si lo aceptaba, y ante la negativa de ésta el acusado la abordó por la espalda y la tomó del brazo y sus vestimentas para asirla a su cuerpo y de esa forma definitivamente llevársela a un lugar lejano, apartándola, separándola y extrayéndola de la esfera de protección de sus padres, lo cual provocó una afectación en la víctima que la motivó a forcejar para liberarse y separarse del acusado mientras éste la tenía tomada, pisándole un pie al encausado y de esa forma logró soltarse y huir de él. Producto de este actuar del acusado, la víctima resultó con equimosis en antebrazo derecho de carácter leve.”

Acusadores

TERCERO: El acusador institucional en sus alegatos de apertura sostuvo que los hechos descritos en la acusación, resultan constitutivos de un delito de En concepto del ente persecutor, los hechos descritos son constitutivo de un delito sustracción de menor, previsto y sancionado en el artículo 142 N°2 del Código Penal, en grado de desarrollo frustrado, correspondiéndole participación al acusado en calidad de autor directo conforme el artículo 15 N°1 del texto punitivo. Agrega que en la especie no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y conforme a ello, solicita que se condene al acusado a la pena de ocho (8) años de presidio mayor en su grado mínimo, más las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, inserción de su huella genética en el registro correspondiente, y costas de la causa

En sus alegatos de clausura, indicó que había logrado probar más allá de toda duda razonable los hechos atribuidos en la acusación y ante el llamado de recalificación propuesto por el tribunal a la figura de falta de coacciones del artículo 494 N°16 del Código Penal, mantuvo su calificación jurídica y sus pretensiones punitivas.-

En la audiencia del inciso cuarto del artículo 343 del Código Procesal Penal, conocida la decisión del tribunal, solicitó se impusiera al acusado la pena de multa de cuatro Unidades Tributarias Mensuales.-

Defensa

CUARTO: Que la defensa del acusado, solicitó en forma principal la absolución de su representado por vulneración de garantías fundamentales, en particular, por haberse realizado el juzgamiento fuera del margen que establece el Código Procesal Penal, argumentando en tal sentido, como quebrantado entre otros el derecho a defensa y el principio de inmediación. Amén de dichas reclamaciones, sostienen que en forma preferente se infringió el modo en que deben declarar los testigos durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral, formas que se ajustan a lo dispuesto en el artículo 329 del Código Procesal Penal, en rigor, fuera de las dependencias del tribunal, sin la realización de una audiencia previa que

lo autorizara y sin la presencia de un ministro de fe que diera cuenta del cumplimiento de todos los requisitos que la regla impone.

En el orden sustantivo reclama y asume que la forma en que aparece descrita la imputación de hechos supuestamente verificada por su representado en la oportunidad pertinente, no describe la figura del artículo 142 del Código Penal, su representado en la oportunidad en que se imputan como ocurridos los hechos, interactuó en estado de ebriedad con tres menores, pero no atento en contra de la libertad personal de nadie.

En la oportunidad prevista en el artículo 326 del Código Procesal Penal, y como medio de defensa, el acusado hizo uso de su derecho a guardar silencio.

En sus alegatos de **clausura**, la defensa mantuvo su petición absoluta por infracción de garantías fundamentales, y requirió la absolución de igual modo por no ser constitutivas de delito las interacciones que su representado mantuvo con la menor. De igual modo, se allanó a la recalificación propuesta por el tribunal en los términos del artículo 341 del procesal, esto es, dar a los hechos la calificación jurídica de coacciones del artículo 494 N°16 del Código Penal, agregando que ellos mismos habían descartado las figuras del artículo 496 N°18 y lesiones leves del artículo 494 N°5 del Código Penal.

En la audiencia de determinación de pena, requirió se imponga al acusado la pena pecuniaria propia de la falta que tuvo por acreditada el tribunal, en su rango mínimo desde que no se logró acreditar en el desarrollo del juicio una mayor extensión del mal producto de las acciones del agente.

Contradictorio

QUINTO: Que teniendo en consideración las alegaciones de apertura y clausura, de los intervinientes, como la decisión a la que llegó el tribunal, la contradicción del juicio mira a los requisitos que deben exigirse para tolerar la calificación jurídica atribuida a los hechos, como la corroboración de los presupuestos fácticos que los constituyen.

Así las cosas, el acusador debió probar los hechos imputados en la acusación, subsumidos en la figura prevista y sancionada en el numeral 2 del artículo 142 del Código Penal, tanto objetiva como subjetivamente, desde dicha perspectiva, la suficiencia de la prueba de cargos, se enfrenta a la garantía fundamental de toda persona de ser presumida inocente, al momento de someterse al juzgamiento penal; lo que a priori, no supone menos que el persecutor debe desarrollar una actividad probatoria que permita la acreditación de los hechos típicos y antijurídicos descritos, correspondiéndole a los juzgadores solo la valoración de su suficiencia, la constatación de su legal obtención, como su atribución objetiva y subjetiva al acusado, en la correcta relación de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad vinculada al caso concreto.

Finalmente se debe considerar en esta parte también, el cumplimiento del principio de congruencia, **examinado al amparo del artículo 341** del Código Procesal Penal, en cuanto a que la sentencia no puede exceder el contenido de la acusación, y en particular a los hechos atribuidos en la acusación y el lugar en el que los mismos ocurrieron según lo establecido en la sala, y el lugar en que éstos habrían ocurrido según el contenido de la acusación.

En efecto, los hechos que tuvo por acreditado el tribunal, como se podrá advertir en lo sucesivo, ocurren en un lugar distinto al atribuido en la acusación fiscal, ello importa en principio que se trata de dos hechos distintos, los imputados, que ocurren en un lugar y momento determinado y los probados que corresponden a otros ocurridos en un lugar distinto al atribuido. Con todo, no siendo estas diferencias objetadas por la defensa, y habiendo desarrollado la defensa técnica sus objeciones

al amparo de lo que se ha expuesto con precedencia y no en la vulneración al principio de congruencia, es que ha resultado, al menos en este juzgamiento, arribar a la conclusión condenatoria adelantada en el veredicto, de acuerdo a lo que se dirá también en lo sucesivo.

Registro del juicio

SEXTO: En correcta consonancia con lo expuesto, es necesario enfatizar, que a efectos de determinar el irrestricto cumplimiento del deber de motivación contenido en los artículos 297 y 342 letra c) del procesal –que constituye una garantía para todo justiciable, pues está relacionado directamente con el derecho a defensa, a la prueba y el derecho al recurso- se precisa delinear que entendemos por fundamentar, excluyendo desde ya, aquella interpretación reduccionista que lo asimila, erradamente -a nuestro juicio- a la simple transcripción de la prueba rendida, aunque ésta sea completa.

Así puede afirmarse que los tribunales de instancia tienden, a fin de no infringir el mandato legal, contenido en las normas aludidas, a realizar una larga y detallada transcripción de lo declarado por testigos y peritos en la audiencia de juicio oral, entendiendo que de esta manera, lo resuelto se reviste de un blindaje que le hace infiscalizable a los recursos procesales; más, categóricamente podemos sostener que la valoración de la prueba – es decir aquel proceso de naturaleza cognoscitiva que utiliza el método inductivo, en que aplicando a determinado enunciado de contenido fáctico una generalización o máxima de experiencia, debe concluirse corroborando o refutando el enunciado o la hipótesis- no puede confundirse ni asimilarse al mecanismo de plasmar en el fallo lo que cada uno de los peritos o testigos declaró en el juicio oral.

Es necesario entonces, dejar en claro en torno al contenido de la exigencia de motivación que “la apreciación probatoria no se satisface, sin embargo, con una mera descripción del resultado de las pruebas practicadas, lo que tendría lugar si la sentencia se limitara a declarar, por ejemplo, que ‘el testigo dijo...’. La motivación no debe traducirse en una actividad meramente descriptiva, ni tampoco en una simple remisión genérica y formal al conjunto de la prueba practicada...”. Sobre esto mismo es categórica Accatino al señalar que “tampoco se satisface la responsabilidad de motivar a través de un estilo que omite toda justificación de la valoración de la prueba y que intente camuflar ese vacío a través de abultadas partes expositivas, en las que se transcriben las actuaciones fundamentales del proceso”.

Dentro de esta tendencia es claramente mayoritaria la situación en que se anula la sentencia del tribunal de juicio oral por ser ostensible la omisión de valoración de algún o de algunos de los medios de prueba que las partes rinden en el juicio oral. En efecto con recurso a la literalidad del inciso segundo del artículo 297 del procesal se controla que la sentencia recaiga sobre “*toda la prueba producida incluso aquella que se hubiere desestimado*” reduciendo la motivación o fundamentación a un trabajo cuantitativo consistente en transcribir toda las pruebas personales rendidas y la fiscalización a pesquisar la ausencia aquél medio de prueba que no fue valorado o simplemente transcrito, sin atender a criterios de relevancia ni al principio de congruencia.

Es importante, para excluir que la interpretación del deber de fundamentación se extienda a la “copia” de todo lo dicho u obrado en el juicio oral, determinar que el contradictorio es lo que debe iluminar a los sentenciadores a la hora de motivar sus conclusiones probatorias, bajo el amparo y complemento del principio de presunción de inocencia y de la obligación del Estado de superar el estándar de prueba, que permita afirmar que tal presunción, ha sido derrotada, ello a fin de dotar de un correcto contenido, al deber de motivación y no extenderlo *ad infinitum*.

En efecto junto con adelantar, como se viene haciendo, que no se transcribirán audios, pues el registro del juicio no es la sentencia según se desprende de los artículos 41 y siguientes del procesal, amén de todo lo que ya se ha indicado, tampoco se motivará sobre todas las cuestiones periféricas que no formaron parte del contradictorio, como por ejemplo el color de las salas del director, cuantos peldaños tenía la escalera, etc., desde que dicha labor infinita es imposible de realizar y por lo demás, no constituye una tarea que el legislador haya impuesto, ni pretenda desarrollar este redactor, y solo puede abrigar su entendimiento en aquellos operadores del sistema que jamás han realizado una interpretación sistemática del mismo, la sanción de nulidad por estas razones, bien vale la pena en este noble sistema, y serán otras generaciones las que logren entender el real sentido de las normas en juego.

No parece controvertir lo que se viene afirmando, en orden a lo innecesario que resulta la transcripción de los audios del juicio, lo sostenido por la Corte Suprema en el fallo del llamado “*caso Tocornal*”, al postular la tesis que la transcripción íntegra de la prueba no era un requisito exigido por la ley, o a estricta literalidad: “...*en dicho mérito, y del tenor del extenso fallo que ha precedido a la decisión de los sentenciadores, quienes incluso como plus han transcrito las diversas actuaciones llevadas a efecto en la audiencia, sin que ello sea una exigencia de las estrictamente necesarias que señala el artículo 342 del Código Procesal Penal...*”⁵

Fundamentos doctrinarios

SÉPTIMO: Que si bien es cierto, en este juzgamiento, la doctrina no ha ocupado un lugar preponderante al momento de decidir, desde que el caso se inclina en forma principal desde el *factum* del asunto, de igual modo, se ha realizado –no puede ser de otro modo– una interpretación dogmática de las instituciones en juego, considerándose a todo evento, los principios que impone el vivir en un Estado Social y Democrático de Derecho, como la racionalidad funcional del Derecho penal. La interpretación dogmática a la que se alude, se ha verificado a la luz de dichos principios y funciones, al amparo de los autores, que desde nuestra perspectiva, suponemos de mejor y moderna doctrina, alternativa a la que nos encontramos autorizados, en principio por que el ejercicio del *ius puniendi*, no se agota en la ley, y porque sus límites son extra e intrasistémicos, según el desarrollo sucesivo.

En efecto, el requisito impuesto a la sentencia, según lo previsto en la letra d) del artículo 342 del procesal, esto es, “*Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo*”, ha sido entendida por los autores -en forma prácticamente unánime- como la posibilidad de recurrir al momento de fundar la decisión, no sólo a la ley, sino que igualmente a otras fuentes del Derecho. Así, solo a título ejemplar, se puede referir a Andrés Baytelman en cuanto sostiene que “...la sentencia debe hacerse cargo del derecho aplicable al caso: El derecho aplicable al caso es de dos tipos: en primer lugar, el tribunal debe resolver el derecho atingente precisamente a la dilucidación de los hechos probados. En este sentido las reglas de procedimiento y las reglas que hacen el razonamiento judicial tiene mucho que decir, pues cuando el juez está optando por conceder credibilidad a una prueba por sobre otra, confluyen en dicha opción un conjunto de normas jurídicas que el juez debe aplicar. Así, por ejemplo cuando aplica normas jurídicas para excluir prueba ilegítimamente obtenida, cuando resta credibilidad a una prueba por contradecir las reglas de la lógica, el conocimiento científicamente afianzado o las máximas de la experiencia o, en fin, cuando estima que la prueba del Ministerio Público no ha satisfecho el estándar de prueba que requiere la convicción judicial (...) En segundo lugar está el derecho de fondo. No se trata

simplemente – como ha dicho tradicionalmente el obsoleto modelo del silogismo judicial- de la mera aplicación de un silogismo lógico para subsumir los hechos probados a una norma específica. La norma en cuestión no es sólo el texto escrito que se posa ante nuestros ojos en la ley penal. Lejos de eso, la norma sustantiva que debe aplicar el juez está integrada tanto por el texto legal como por la mejor interpretación que de dicho texto el juez pueda hacer a la luz de los principios y valores del Estado de Derecho, los fines previstos en dicha norma y de los fines previstos para el sistema penal en su conjunto. Esta visión del derecho no es antojadiza –de hecho uno la puede encontrar en autores de la talla de Dworkin- y pone al ordenamiento jurídico al servicio de los fines para los que fue concebido, urgiendo a los jueces a desarrollar permanentemente elaboraciones interpretativas para ir adecuando las normas a una realidad en constante cambio y complejización, tanto valórica como fáctica. Esta forma de concebir el Derecho modifica entonces la actividad del juez de cara a la aplicación del derecho, invitándolos a abandonar la mera aplicación literal y automática del texto de la ley”.

Lo que se viene sustentado se encuentra reforzado normativamente con lo que previene el artículo 373 letra b) del cuerpo de leyes citado, pues consagra como causal de nulidad la errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento del fallo, por lo que se incluyen otras fuentes del derecho como la Constitución Política, los Tratados Internacionales, los Principios Generales y la Doctrina. Así se ha sostenido por los autores nacionales -entre los que se cuenta a Julián López- y se señaló en la tramitación parlamentaria al consagrarse el actual código de enjuiciamiento penal.

La impresión que se viene relacionando, también parece ser compartida por el Excmo. Señor Ministro don Sergio Muñoz, cuando afirma: “...en cuanto a la causal invocada, es posible efectuar alcances a las expresiones “*errónea aplicación del derecho*” y “*materia de derecho*” usadas por el legislador procesal penal, que marcan diferencia, pero que se inscribe en una tendencia legislativa, por la que se hace referencia al “derecho” y no a la “ley”. A la hora de extraer consecuencias jurídicas, corresponde entender que la referencia al “derecho” ha tenido por objeto ampliar las Fuentes del Derecho que son parámetro de control de la actividad jurisdiccional, aspecto que resulta más evidente conforme a una interpretación armónica y sistémica con la causal prevista en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, puesto que de esta forma guardan perfecta correspondencia ambas causales. Es así que se torna relativa la importancia de la jerarquía y naturaleza de las Fuentes del Derecho que se afectan, incorporando sin duda, el ordenamiento nacional e internacional, como los Principios Generales del Derecho. En lo que se refiere al ordenamiento interno se encontrará incorporado el sustento constitucional y legal, puesto que en ellos queda radicado el principio de legalidad. Ya no es posible reducir la identificación entre derecho y ley, visión positivista que ha costado tanto remontar a nuestra cultura nacional.

Que por lo demás, a nivel de tratamiento procesal -en quizás la más importante modificación legal en dos siglos- esta forma de interpretación, es elevada al rango de principio básico, según puede leerse en el numeral 2 del mensaje del Ejecutivo al Congreso Nacional y con el cual se acompañó el proyecto de ley que en definitiva dio origen al Código Procesal Penal, el que en lo pertinente señala, “*Otro de los principios generales del sistema propuesto consiste en la aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos, relevantes en cuanto a la regulación del procedimiento penal. Esta disposición obedece a la necesidad de reforzar la noción de que el procedimiento penal se organiza a partir del desarrollo de los principios generales del ordenamiento jurídico que regulan la relación entre el Estado y los ciudadanos y que se encuentran recogidos en esos cuerpos normativos.*”

En este sentido, se trata de resaltar la importancia de estos principios por sobre los mecanismos procesales específicos consagrados en la ley. Los jueces deberán trabajar integrando las normas procedimentales con las de carácter constitucional e internacional, interpretando y aplicando las primeras de modo que den cumplimiento a las exigencias contenidas en las dos últimas." Tan elocuente manifestación de voluntad, por cierto no puede, ni pretende ser desoída por estos juzgadores, y conforme a ello, se ha decidido en lo pertinente.

En relación a los elementos de juicio

OCTAVO: Que el acusador a propósito de acreditar los hechos atribuidos en la acusación fiscal, incorporó durante el desarrollo de la audiencia incorporó los elementos de juicio sucesivos.

A propósito de corroborar los hechos atribuidos en la imputación, el acusador incorporó el testimonio de **H.O.M.B.**, quien en lo pertinente indicó, que en su calidad de funcionario de carabineros de la 4ª. Comisaría de Calbuco, le correspondió tomar el procedimiento sobre los hechos de la causa. En esas circunstancias, por un llamado de su unidad el día 10 de noviembre de 2019, alrededor de las 17:30 a 1740 - en esa oportunidad estaba de segundo turno acompañado de sus colegas C.V.C. y M.Y.B. - se les informa que se trasladen a calle Severo Cofré a la altura de presidente Ibáñez toda vez que había ingresado al nivel 133, una llamada dando cuenta de un posible raptó de una menor, de una niña. Recuerda que al llegar al lugar se presenta la señora

«RESERVADO» y su cónyuge F.R.P.. Ellos mantenían retenido en el suelo a un sujeto. Asimismo le señalan que esta persona momentos antes, en calle camino Caicaen esquina Adolfo Saelser, había intentado raptar a su hija de 09 años cuando esta regresaba a su domicilio después de haber ido a comprar a un negocio en calle Adolfo Saelser lo que no se logró porque su hija se resistió. En consideración a las circunstancias descritas, se detuvo entonces al acusado de 43 años. Esta persona presentaba algunas lesiones en el rostro lo que atribuyeron a la detención practicada por los civiles previo a su llegada, fue trasladado hasta el hospital de Calbuco para la constatación de lesiones, y en la oportunidad el médico le diagnosticó un edema periorbitario y una herida contuso cortante en el párpado inferior de carácter leve según el médico e turno. Agrega que en la ocasión se tomó declaración a la señora «RESERVADO» para que diera cuenta de la dinámica de los hechos, señalando en la oportunidad que cerca de las 16:15 a 16:30 de ese día su hija «RESERVADO» de 9 años junto a su hermano «RESERVADO» de 10 años y un primo de ambos de la misma edad de nombre C., le piden permiso para ir a comprar helados a un negocio de la población ubicado en calle Severo Cofre, y cuando advirtió que se demoraban más de lo corriente en regresar, salió a buscarlos y casi al llegar a la "Avenida Camino a Caicaen vio a su hija que llegaba hasta donde ella estaba muy angustiada. Al preguntarle que le había sucedido, la menor le indicó que un hombre -al que sindicó en el mismo momento hacia el frente de la calle en que conversaban- había intentado llevársela, para lo cual la había tomado fuertemente de sus vestimentas y brazos jalándola con fuerza hacia él, pero que ella, se había resistido, logrando liberarse después, cruzar la calle y llegar donde ella estaba. Siempre dando cuenta del relato de la madre de la menor, indica que ella le dijo que luego de recibir el relato de su hija y de que este lo identificara, se dirigió hacia donde estaba el acusado, cruzando la calle, y lo increpó, regresando luego a su domicilio. Ya en casa, le comentó lo sucedido a su cónyuge saliendo juntos a su encuentro, logrando ubicarlo en calle Severo Cofre con Presidente Ibáñez donde lo reducen y esperan que llegue carabineros para que se adopte el procedimiento. Agrega que en la ocasión entrevistaron también a una

testigo que afirmó haber visto las acciones del acusado con la menor, esa testigo era K o K.G., quien le indicó que en la oportunidad en que sucedieron los hechos, pocos minutos antes de los mismos, ella salió de su casa a arrojar la basura a unos contenedores que se ubican cerca de su domicilio, y en trayecto a ello, se encontró con un grupo de sujetos que estaban consumiendo licor en la calle, entre los cuales se encontraba el acusado, quien la increpa acusándola de haberlo denunciado a él y sus amigos de estar bebiendo en la calle, lo que supuestamente habría hecho en forma telefónica llamando a carabineros. Refiere que el acusado además le habría dicho que tuviera cuidado porque si no iría a su domicilio con alguna mala intención. La testigo señaló de igual modo, que mirando hacia atrás, vio que el acusado se acerca a la menor y luego que la niña estaba llorando. Narra que le tomaron declaración al padre de la menor, quien entregó el mismo relato que ya les referenciara la madre de ella. Detalla el policía que se le informó al fiscal de turno, quien dio instrucciones en orden a que se tomara declaración a la menor, sus padres y se prepare un set fotográfico. Pormenoriza en relación al acusado que éste se encontraba en un evidente estado de ebriedad, lo que fue corroborado por el médico de turno que constató sus lesiones en el hospital de Calbuco. Agregó que en ese tiempo el acusado vivía en calle Severo Cofré. Se le tomó declaración al hermano de la menor, pero esa declaración fue tomada por el sargento Vidal. Refiere que el fiscal ordenó que se hiciera un set fotográfico del sitio del suceso., y una fijación fotográfica de donde fue la detención del acusado por los civiles. Posteriormente el fiscal de Calbuco instruyó otras diligencias propias de la SIP, una georreferenciación del SS y levantamiento de algunas evidencias. **En relación al trayecto** seguido por los menores al salir de su domicilio a comprar, sostiene que éstos habrían salido desde su casa por calle Vía Industrial, llegando a Camino a Caicaen y luego siguen por calle Adolfo Saelser hasta el local comercial “**El Grillo**” que se ubica en calle Severo Cofre, pero como estaba cerrado, siguieron hasta otro local que se ubica en la misma calle de nombre “**Alex**” y desde allí regresaron al domicilio por calle Adolfo Saelser hasta Camino Caicaen, lugar en que es abordada por el acusado frente al Jardín Infantil Carrusel.

El acusador contextualiza la declaración del testigo, incorporando mediante el sistema de pantalla compartida en la plataforma zoom, como **otros medios de prueba N°1** un set de 05 fijaciones fotográficas del sitio del suceso captadas por personal aprehensor de la Cuarta Comisaría de Carabineros de Calbuco y anexas al parte policial 1422 del 11/10/2019, de esa unidad policial, imágenes que el policía va detallando y describiendo respectivamente: Foto 1, muestra el acceso a Vía Industrial que corresponde a un callejón con camino de ripio, y luego una calle que cruza que corresponde a Camino a Caicaen y en el frontis se ve una construcción que es el jardín infantil Carrusel, se ve un prado donde habrían ocurrido los hechos.; Foto 2, muestra un acercamiento al lugar exacto en que habrían ocurrido los hechos; Foto 3 la imagen muestra acceso a calle Vía Industrial tomada desde Avenida Camino a Caicaen., especificando el policía que cuando los niños salieron de su casa y se dirigían al negocio salieron por Vía Industrial hacia Avenida Camino a Caicaen; Foto 4, la imagen corresponde al lugar exacto en que se produce la detención por los civiles, esto es, frente al domicilio ubicado en calle Severo Cofre N°38; Foto 5, corresponde a la imagen del domicilio ubicado en calle Severo Cofre N°38 con detalle de su numeración, y que según explica el policía, sería en frente a este domicilio el lugar en que fue detenido el causado. Finalmente señala el testigo que no le tomaron declaración a la menor, el fiscal instruyó que le tomaran declaración al hermano. La niña fue trasladada al hospital de Calbuco allí el medico de turno le diagnosticó una equimosis en el brazo derecho.

Contrainterrogado por la defensa señaló que el único funcionario policial

que declaró fue él. Los demás M.Y. y C.V. no prestaron declaración en el procedimiento. No fue citado al Ministerio Público a prestar declaración por los hechos, tampoco fue citado por la SIP a declarar. Refiere que Se entrevistó a la madre de la menor, ella en esa declaración **no se registra que el acusado le habría ofrecido dulces a la menor para llevársela, tampoco se lo refiere el padre de la menor**, ni la testigo F.R. tampoco le refiere eso. Si bien es cierto en la declaración de la testigo F.R. se consignó que en la interacción previa sostenida con el acusado este la habría amenazado con alguna mala intención, no se recibió denuncia alguna en tal sentido contra el acusado. Acota que al llegar al lugar en que el acusado estaba retenido por civiles éste estaba golpeado por ellos, lo que fue ratificado por el facultativo de turno en el hospital, de la entrevista con la madre y padre de la menor, ellos le dijeron que fueron ellos quienes le agredieron por impotencia, pero estas personas no fueron detenidas.

Como testigo de cargos también se incorporó el testimonio del funcionario de la Sip de carabineros de Calbuco, **G.A.W.**, quien prestó declaración sobre las circunstancias anteriores, simultáneas y posteriores al hecho punible, sitio del suceso, diligencias de investigación que a propósito del hecho ejecutó como miembro de la SIP de Calbuco, análisis y fijación fotográfica del sitio del suceso, declaraciones de testigos y demás diligencias policiales y de investigación que se llevaron a cabo y en las que intervino, corroborando en lo pertinente la información entregada por el testigo H.M.B., agregando que le correspondió realizar una georreferenciación de la casa de la víctima y el sitio del suceso, con el entorno cercano a dichos lugares. Afirmando que desde el domicilio de los menores al lugar donde fueron a comprar existe una distancia de 270 metros, levantaron el polerón que usaba la menor al momento de ser abordada por el acusado, el que tenía **una especie de rasgadura en el bolsillo delantero derecho**. Se entrevistó con la madre de la niña quien le indico como habían sucedido los hechos. Se realizaron fijaciones fotográficas, de los negocios “El Grillo” y “Alex” ambos ubicados en calle Severo Cofré, entrevistándose al propietario de éste ultimo, quien dijo que la menor vive en un sector rural.

El acusador contextualiza la declaración del testigo, incorporando mediante el sistema de pantalla compartida en la plataforma zoom, como **otros medios de prueba N°2** un set de 23 imágenes correspondientes a fotografías satelitales y fijaciones fotográficas del sitio del suceso y sus ramificaciones y de las vestimentas de la víctima captadas por personal SIP de Calbuco contenidas en el set fotográfico anexo al informe 369 de esa sección, de fecha 11 de noviembre de 2019, las que el testigo refiere, explica y detalla y que se ajusta al recorrido efectuado por los menores al momento de salir de su domicilio, a los negocios que visitaron en calle Severo Cofré, a la avenida Caicaen donde fue retenida por el acusado cuando se aprestaba a cruzar la calle luego que su hermano y su primo ya lo habían hecho. En relación a la testigo Riquelme, sostuvo que ella no tenía relación con la menor, ni el acusado, pero les dijo que quería prestar una nueva declaración, y allí ella dijo que no había visto los sucesos denunciados el día de los hechos, por miedo o temor o represalias, porque en la oportunidad se le consultó si había prestado una declaración en forma previa con el personal territorial, en la segunda declaración que presta dijo que solo fue a sacar la basura, y que se devuelve a su casa, dejando entrever un temor en torno a los hechos declarados con anterioridad. **Contrainterrogado por la defensa**, pormenorizó que existen dos informes evacuados por la SIP, uno con diligencias hechas en el mismo día y otros con diligencias del mes de febrero.

Que respecto del Informe 369 de 2019, en ese informe policial hay una descripción de las diligencias realizadas, allí se describe un contacto con la menor y la madre de la

menor – eso se denomina entrevista técnica, pero esa entrevista no se anexó al informe. Se consignaron algunos elementos relevantes en torno a esa entrevista técnica, en esos elementos relevantes, aparece la dinámica en que se habrían realizado estos hechos investigados, pero de esa consignación no aparece que el acusado le haya ofrecido dulces a la menor para llevársela, la madre tampoco le dijo que la menor habría dicho eso. En relación a la entrevista que tuvieron con el encargado del local comercial “Alex”, esa persona le dice que ese día no estaba atendiendo el local y la información que entregó es lo que había escuchado de terceras personas, a las que tampoco identificó. Agrega el policía que se tuvo a la vista la declaración que prestó F.R. al momento de los hechos, sosteniendo que quien examinó a la menor fue el médico S.E.G. pero no hay anamnesis de lo que le habría ocurrido a la menor, y cuando se entrevista al facultativo éste no dijo nada, solo ratificó los datos contenidos en el informe de atenciones evacuado en la oportunidad. Agrega que es efectivo que en la entrevista con la testigo F.R., a los funcionarios policiales del día de los hechos les dijo haber visto la interacción del acusado con la menor, pero en la entrevista con ellos, dijo que no, que se encontraba conversando con la madre de la menor momentos en los que apareció la menor llorando. Según el testigo este cambio de versión se debería a un temor o amenaza, pero al momento de evacuar el informe no lo consignó en el informe, ni tampoco hizo un informe posterior complementando y dando cuenta de ello.

A propósito de corroborar la imputación compareció en la sala virtual la testigo de cargos **F.K.R.G.**, quien en lo pertinente indicó que el día que ocurrieron los hechos salió junto a su hermano a arrojar la basura desde su domicilio a unos contenedores que se ubican cerca de su vivienda. En el trayecto a dichos recipientes, advirtió en la calle al acusado y otra persona, que se encontraban consumiendo licor en la vía pública, y al pasar frente a ellos le amenazan diciéndole que ellos saben que es ella quien llama a carabineros acusándolos de estar bebiendo en la calle, pero que se cuide porque le puede pasar algo en su casa. Detalla que los contenedores de basura se ubican casi al llegar a la Avenida Camino a Caicaen. Al regresar le dijeron que los vecinos de atrás le habían dicho que ellos – ella y su hermano que le acompañaba- eran quienes los habían acusado, pero ella les dijo que no era efectivo y que como se les ocurría amenazarlos y cuando terminaron de hablar, se quedó en las afueras de su casa justo en una especie de “altito”, observando, pues no quiso que estas personas se enteraran en el lugar exacto en que se encontraba su casa. Afirma que luego de unos momentos estas personas se retiraron del lugar en que estaban – Pasaje Vía Industrial- y cruzan la Avenida Camino a Caicaen ubicándose al frente, en una especie de pasto, casi en el frontis del Jardín Infantil “Carrusel” **y en eso vienen los niños, en este caso la víctima un hermano y un primo.** A la víctima la conoce como «RESERVADO», ella tiene 9 años aproximadamente, venia «RESERVADO» su hermano mayor, de unos 10 años y un primo de ella, que no ubica, de unos 8 años. Los niños venían de la calle Adolfo Saelser hacia calle Camino a Caicaen, la niña viene un poco mas atrás que su hermano y su primo, cruzan avenida Camino a Caicaen y la niña se queda en una parte en que hay pasto esperando que pase una micro y allí se producen los hechos. Lo que vio fue que la niña se jalonea con el acusado, y se pone a llorar, luego cruza la calle y allí aparece su madre y la niña le dice que un hombre se la quiso llevar, y entonces la niña apunta al acusado, su madre cruza y se enfrenta con el acusado increpándolo, en tanto ella se quedó con la menor en esos momentos.- Refiere que prestó declaración dos horas después de ocurridos los hechos, a los policías les dijo lo que narró en forma previa. Sostiene que días después llegó otro policía a tomarle una declaración a su casa, en esta segunda oportunidad también prestó declaración por escrito, en esa ocasión el policía le preguntaba por la persona

que acompañaba al acusado, recuerda que respondió lo mínimo, que no sabía nada, lo único que le dio fueron las características físicas que del acusado y su acompañante. El acompañante era una persona chiquita de 1,50, casi rapado, con una camisa a cuadros, un jeans y un suéter amarrado al cuello. Y el imputado es considerablemente más alto que su compañero, andaba con una camisa a cuadros blanco y negro un jeans y zapatillas oscuras. En ésta segunda declaración, no dijo nada del acusado, pues los policías no le preguntaron nada. En ninguna de estas declaraciones dijo que no había visto nada.- El acusador exhibe a la testigo la fotografía N°21 del set incorporado como otros medios de prueba N°2, imagen satelital en la que la testigo reconoce su domicilio y el lugar en que ocurrieron los hechos, entre otros detalles. Afirma que nunca ha tenido problema alguno con el acusado. **Contrainterrogada** por la defensa señaló que en la primera declaración, que prestara ante la policía efectivamente no dijo que salió a botar la basura con su hermano, ni que el acusado observaban a que casa ella ingresaría, tampoco indica que como medida de resguardo, se queda allí porque ellos estaban mirando, tampoco indicó a las distancias a las que observaba a esos sujetos. Una de las fotografías que le mostro el fiscal al costado derecho aparecían dos canchas de futbol, en esta primera declaración no señala que la niña le habría dicho a la mamá que se la querían llevar, en esta primera declaración no le dijo a los carabineros que le había dicho la niña a su madre que el acusado se la quería llevar. No le dijo a la policía que se quedó al cuidado de los niños en su casa. Asume que leyó pero leyó rápido y sin darse cuenta. Reconoce que prestó una segunda declaración ante la SIP esto fue en febrero de 2020, en esa declaración tampoco le señala a los policías que iba con su hermano a botar la basura, tampoco le dijo la interacción, tampoco que se quedó observando para precaver que no ubicaran su domicilio. Justifica todas estas omisiones, diciendo que no lo indicó porque lo que le preguntaron era lo que había visto respecto de la niña. Agrega que es cierto que en segunda declaración que presta ante la policía dijo que esa tarde estaba en compañía de la madre de «RESERVADO» al momento que ella llega llorando, agregando que lo que dijo es que cuando iba llegando a su casa se encontró con la madre de «RESERVADO» y se quedaron hablando y allí su madre se acercó a la niña, cuando iba cruzando la menor la madre acude donde «RESERVADO» y se encuentra con ella en el principio del pasaje. En esta parte de la declaración no le dijo al policía haber visto la interacción entre «RESERVADO» y el acusado. En esa declaración no describe los hechos de que el acusado jaló a la víctima. Lo que se ajusta a que no se le habría preguntado.-

En la misma línea inculpativa, el acusador procuró la comparecencia de «RESERVADO», madre de la menor quien en lo pertinente indicó que en la oportunidad en que ocurrieron los hechos, autorizó a sus hijos «RESERVADO» e «RESERVADO», junto a un primo que en esos momentos estaba en la vivienda, de nombre C., para que fueran a un negocio a comprar golosinas. Recuerda que los tres salieron de la casa, en dirección a un negocio de nombre “EL Grillo” ubicado en calle Severo Cofré, cerca de su vivienda, el que estaba cerrado por lo que finalmente compraron unos chicles en un negocio de nombre “Alex” que se ubica en la misma calle, al regresar «RESERVADO» y C. se adelantaron -pues al parecer venían jugando a correr- a «RESERVADO», quien quedó en Avenida Camino a Caicaen, caso en el frontis del Jardín infantil “Carrusel que se ubica en esa calle, esperando que no viniesen vehículos para poder cruzar la calle y así dirigirse a la casa. Acota que en razón a la demora en la llegada de los menores, ella salió a la calle, y caminó por Vía Industrial hasta llegar a Avenida Camino a Caicaen, oportunidad en la que advirtió que su hija cruzaba llorando la calle hasta llegar donde estaba ella con una vecina. Sostiene que según lo que le indicó su hija, el acusado la agarró, la tomó del brazo y le ofreció dulces

para llevarla a la cancha, la comenzó a jalar y en esa dinámica su hija le dio un pisotón en sus pies, y logró huir. Acota que el acusado dejó el brazo de su hija rojo, y luego que ella le contó lo sucedido y lo sindicó al otro lado de la calle como el sujeto que había intentado llevársela, ella cruzó y lo increpó, pero el acusado dijo que él no le había hecho nada. Recuerda que fue a buscar a su marido y juntos lo encontraron en calle Severo Cofré, lugar en que el acusado trató de agredir a su marido, por lo que éste lo golpeo reduciéndolo. Agrega que en el forcejeo el acusado rompió el bolsillo derecho del polerón de «RESERVADO» y le dejó su antebrazo enrojecido. Carabineros llegó al lugar en que tenían reducido al acusado. Refiere que Carabineros llevó a su hija al hospital, le tomó declaración, también a su hijo, a ella y a su vecina F.R.. Respecto a F.R., su vecina, le relató lo mismo que ella ya señaló en sala en su interacción con el acusado previa a los hechos que se conocen, y ambas estaban juntas, cuando su hija cruzó la calle y ella le pidió a su vecina que su fuera con sus hijos a la casa para que los cuidara. Su hija después de los hechos, debió ser atendida por psicólogos del Cesfam, sigue en atenciones, ha estado afectada después de estos hechos, pero ahora ya está bien, su hijo también está bien ahora. Contrainterrogada por la defensa señaló que prestó declaración solo una vez, esa declaración la prestó el mismo día que hacen la denuncia por estos hechos, con posterioridad no declaró en ninguna otra parte. No entregó ningún antecedente sobre las atenciones psicológicas de su hija. La declaración la presta ante carabineros de Calbuco, esa declaración le piden que aporte todos los antecedentes que sepa en relación a los hechos que están investigando, ella afirma que en la ocasión no tenía ningún interés en ocultar información. En la declaración que prestó en carabineros no dijo que el acusado hubiese intentado agredir a su marido. Tampoco declaró que éste hubiese intentado huir y por eso lo detuvieron. Tampoco que le hubiese reprochado que le ofreció dulces a su hija. Tampoco esta en la declaración que el acusado le hubiese ofrecido dulces, y tampoco que le ofrecía dulces con la intención de llevarse a su hija a la cancha. En la interacción con su vecina F.R. allí no aparece en su declaración que ella hubiese recibido una amenaza de este sujeto. Finalmente señala que la atención prestada a su hija en el Cesfam- el hecho que su hija todavía está en atención psicológica no es algo que hubiese dicho al Ministerio Público, ni tampoco que su hija tenga problemas para dormir.

En la misma línea de corroboración de los hechos atribuidos en la acusación, prestó declaración en la audiencia la menor de iniciales «RESERVADO» ., - «RESERVADO» - quien en lo pertinente señaló que cursa Tercero básico, que tiene 10 años de edad, su mamá se llama «RESERVADO» y su papá F., presta declaración desde una sala del Ministerio Público. En relación a los hechos, señala que en la oportunidad en que ocurrieron fueron a comprar con su hermano y su primo – «RESERVADO» y C.. **y el caballero se la quería llevar**, le dijo que la acompañara a la cancha de abajo – donde ella jugaba con su amiga y su abuelita- y entonces ella se arrancó, y para arrancarse lo pisó, le pisó el pie, y el acusado en esos momentos la soltó, lo que le soltó en esos momentos fue el brazo, el brazo izquierdo. Al soltarse se encontró con su mamá y le conto lo que le pasó y con la vecina F. se fueron a su casa – la de la menor- con su hermano y primo y su amigo F.. Nunca antes había visto al acusado.- habían ido a comprar y compraron unos chicles, fueron primero al “Grillo” pero estaba cerrado y después fueron donde el negocio del “Alex”. Cuando su hermano y su primo ya habían cruzado, el acusado le dijo que lo acompañara y si le recibía unos dulces, si lo podía acompañar a una cancha. Contrainterrogado por la defensa, señaló que el acusado no le dijo para que quería que fueran a la cancha.

A propósito de corroboración de los hechos atribuidos, prestó declaración en la audiencia el menor de iniciales «RESERVADO» ., -«RESERVADO» - quien en lo pertinente señaló cursar 4 básico, ser hermano de «RESERVADO» – la

víctima- y que el día que sucedieron los hechos con su primo y su hermana fueron a comprar chicles. Fueron a un negocio que estaba cerrado – El Grillo- y luego debieron ir a otro de nombre “Alex” , luego se devolvieron a la casa, y entonces cruzaron la calle corriendo, porque hicieron una carrera, en tanto «RESERVADO» no pudo cruzar la calle y se quedó al otro lado. Entonces fue que el acusado tomó a su hermana de la ropa, del brazo, después cuando su hermana cruzó la calle ya estaba llorando. Refiere que el acusado le dijo a su hermana que si quería acompañarlo. Ella se soltó de él y cruzó corriendo, llorando al pasaje que lleva a su casa, y al llegar al pasaje, su mamá ya estaba allí. Después de esto, no ha vuelto a hablar con su hermana de lo que ocurrió. Agrega que su mamá después que su hermana le contó fue a empujar al caballero. Refiere que después con su hermana y su primo se fueron a su casa con una vecina de nombre F.. Contrainterrogado por la defensa señaló que estuvo al lado de su hermana según lo que declaró. Antes de cruzar la calle estaba al lado de «RESERVADO» , en la declaración que prestó ante carabineros no le dijo que el hombre le ofreció dulces a su hermana.

NOVENO: Que a priori podemos señalar que los relatos descritos en el motivo que precede, desde la perspectiva de la credibilidad subjetiva de quienes los emitieron, y en lo que resultan penalmente relevante, aparecen como veraces, desde que no logró acreditar respecto de ellos, que tuviesen algún interés en el asunto, ni que los movieran móviles abyectos o de otra naturaleza, que no fuera relatar o poner en conocimiento de los juzgadores, lo que desde su perspectiva había ocurrido, en rigor como se viene adelantando, todos los testimonios –aunque en mínimas diferencias sobre dinámica son muy similares.

Con todo, la determinación del *ius puniendi* estatal sobre un justiciable, no puede tener como único sustento la credibilidad subjetiva de los testigos presentados en juicio, esto es, no puede derivar de la simple impresión que cause en los juzgadores el relato de los testigos de cargos, pues esa “impresión de verosimilitud” -que traducida a lenguaje coloquial, no quiere sino decir, que a uno le parece que los testigos y las víctimas (directas cuando existen) están diciendo la verdad- no constituye fundamento alguno, sobre el cual pueda ser construida la culpabilidad. Tan cierto es lo que se viene indicando, que se podría afirmar que así como a los juzgadores y al acusador, las declaraciones de los testigos de cargo y las víctimas -cuando pueden comparecer al juicio- les resultan verosímiles, la defensa técnica y material pueden decir lo contrario, y no se observa porque razón, salvo una cuestión de autoridad, los convencimientos de unos puedan tener mayor valor que la de otros, pues cierto es, que en éste ámbito, la legitimidad democrática de los juzgadores, obligan más allá de considerar las opiniones de todos los intervinientes en una igualdad de planos, a dar justa y fundamentada razón de sus decisiones.

De lo anterior se colige, que la impresión que tengan los jueces sobre los testigos de cargo, o de la narración de la víctima (en los casos que es ello posible) no tiene ningún valor, sino es susceptible de ser conectada a parámetros objetivos y a fundamentación reproducible, capaz de ser entendida por quien está siendo afectado por la decisión y que importe sobradamente un conjunto de elementos de juicio que corroboren los presupuestos facticos de la imputación.

Que en ese ámbito, tal como se ha señalado en forma precedente, tanto la prueba de cargos como la exculpatoria, -cuando existe de acuerdo a la teoría del caso- deben ser analizadas bajo los imperativos que consagra el artículo 297 del Código Procesal Penal, esto es, los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia; más también es cierto que en no pocos casos, dichas expresiones solo constituyen un formalismo o frase sacramental que se agrega al final de una interminable reproducción de la prueba

acontecida en la audiencia, que transforma la búsqueda de los motivos y razones que determinaron la condena para el acusado, en una suerte de espejismo que nunca logra convertirse en realidad, pues o bien los razonamientos no superan el estándar o lisa y llanamente no existen, condenando al justiciable, amén de la pena corporal que se indican al final del fallo, a transitar un camino que de tanto caminarlo se le pierde.

Así las cosas, la credibilidad objetiva de las narraciones vertidas en juicio, y que han sostenido la hipótesis acusatoria, deviene de que los relatos de cargo se encuentran correctamente conectados y no se alejan de las máximas de la experiencia ni de los conocimientos científicamente afianzados, pues tanto en su conjunto, como individualmente, se encuentran amparados, desde la perspectiva de la ciencia de la medicina, como de los demás medios de prueba incorporados al juicio.

Efectivamente desde la perspectiva de la medicina, se incorporó el testimonio del médico legista **S.E.E.G.**, quien en lo pertinente indicó que en la oportunidad en que sucedieron los hechos, en su calidad de médico de turno del Cesfam de Calbuco, le correspondió atender a la menor «RESERVADO», quien ingresó a dicho centro asistencial llevada por carabineros, a las 18:30 horas del día 10 de noviembre de 2019, y según recuerda consignó en la hoja de atención de urgencia respectiva *“Traída por carabineros cuasi víctima de agresión sexual. Equimosis en antebrazo derecho, restos sin hallazgos”*. Según expresó en el mismo informe diagnosticó lesiones leves, la dio de alta con una semana de reposo. Agrega que el mismo día, pero a las 17:47 horas, ingresó al cesfam el acusado J.A.S.S., 43 años de edad, llevado por carabineros para constatar lesiones, indicando, según aparece en su informe, *“EF. Manifiesto estado etílico, presenta edema periorbitario izquierdo, además de herida contuso cortante en párpado inferior de aproximadamente 1cm. Reflejo consensual conservado.”* Recuerda que en la ocasión el diagnóstico fue Manifiesto estado etílico, lesiones leves.- Recuerda que se entrevistó con los padres de la menor, y ellos le dijeron que fue un intento de agresión sexual, solo pudo constatar que la menor tenía una equimosis en el brazo derecho.

Forma también convicción en esta parte la prueba documental incorporada por el acusador institucional correspondiente a **Nº 1**, Dato de Atención de Urgencia Nº DAU 18763011, de fecha 10/11/2019, extendido en el Hospital de Calbuco y relativo a la víctima; **Nº2**, Dato Atención Urgencia Nº DAU 18762301, de fecha 10/11/2019, extendido en el Hospital de Calbuco y relativo al acusado; **Nº3** Certificado de nacimiento de la víctima cuyo nombre mantiene las iniciales «RESERVADO» extendido por el Servicio de Registro Civil e Identificación y **Nº4** Certificado de nacimiento del hermano de la víctima cuyo nombre mantiene las iniciales «RESERVADO» extendido por el Servicio de Registro Civil e Identificación.

Hechos acreditados e imputación

DÉCIMO: Que el conjunto de elementos de juicio relacionados en los motivos que preceden, permiten derivar sin esfuerzo alguno, que el día 10 de noviembre de 2019 alrededor de las 16:45 horas, la menor «RESERVADO», a la sazón, de 09 años de edad, en los instantes que se aprestaba a cruzar la calle o avenida “Camino a Caicaen” o simplemente calle Caicaen, en pos de su domicilio, casi frente al jardín infantil “Carrusel”, fue abordada por la espalda por el acusado, quien la tomó de uno de sus brazos, interactuando con ella, produciéndose un forcejeo de escasos segundos, liberándose finalmente la menor, para alcanzar a su madre en la vereda contraria, casi a la entrada del pasaje Vía Industrial.

Estos hechos se encuentran corroborados, no solo por lo expresado por la menor a escasos segundos de haber ocurrido los mismos, sino porque el contenido de esas expresiones alcanza un poder de corroboración suficiente sostenido sobre los

dichos de su propia madre, quien la recibe llorando y refiriéndole el contexto de ocurrencia y dinámica, sindicando al agente además, lo que determina que la madre cruce la calle y le encaré por sus acciones. No es una dinámica distinta la que sostiene la testigo R.G., y bueno los demás testigos de oídas que comparecieron en la sala. Es efectivo que en rigor, todos los testimonios prestados en la sala virtual, corresponden a testimonios de oídas del relato de la menor, pero dichos antecedentes se ven corroborados de igual manera con las lesiones leves encontradas en el brazo de la menor por el facultativo – E.G.- de turno en el servicio de urgencia al que fue derivada «RESERVADO», el que constató en la especie, la equimosis en el antebrazo derecho como de igual modo por la rasgadura que exhibía en uno de las costuras del bolsillo el polerón verde que «RESERVADO» vestía en la ocasión. Lo acotado de las acciones en el orden temporal y “espacial” permite derivar sin problema las hipótesis fácticas descritas.-

Con todo, como fácilmente se puede advertir, esta secuencia y dinámica no corresponde a la atribuida en la acusación fiscal. En efecto, si se está atento a la litigación e incorporación de los elementos de juicio durante la audiencia de juicio oral, deviene sin dificultad que el acusador institucional se esforzó lo suficiente como para acreditar mediante imágenes georreferenciadas, fotografías que iban de lo general a lo particular y de lo particular al detalle, que las acciones que supone merecen e importarían la condena del justiciable a título de secuestro de menor de edad, ocurrieron alrededor de las 16:45 horas en calle o avenida Caicaen o Camino a Caicaen, casi en el frontis del Jardín infantil “Carrusel” sobre una especie de pasto, donde la menor esperaba para poder cruzar dicha calle. Sin embargo, el éxito del Ministerio Público en esta labor epistémica, se estrella completamente con la locación atribuida en los presupuestos fácticos de la acusación, en efecto, a literalidad en dicho imputación se asume que los hechos por los cuales debería ser condenado el acusado ocurrieron en circunstancias que la víctima “...**transitaba por calle Severo Cofré de la comuna de Calbuco junto a su hermano y un primo y en tales circunstancias fue interceptada por el acusado...**”.

Es probable que los hechos que describe la acusación tal vez ocurrieran, -no lo sabemos- temporalmente antes de aquellos que el acusador logró acreditar en la audiencia de juicio que nos convocó, pero lo que si algo quedó absolutamente claro, al menos de los elementos de juicio incorporados, es que los hechos imputados y los hechos acreditados no son los mismos, pues mientras los primeros ocurren en calle Severo Cofré, los segundos ocurren en calle o avenida Camino a Caicaen.

Que si bien es cierto, aceptamos como correcta la formulación lingüística tributaria del principio de congruencia e imputación normativa, reflejada en la expresión, “solo se puede probar lo que se ha imputado”, no es menos efectivo que dicha garantía debe ser relevada a ese estatus por la defensa técnica, teniendo en cuenta de igual modo la decisión del tribunal en el caso concreto.

Es efectivo, que el principio de congruencia, no solo debe ser examinado al amparo del artículo 341 del Código Procesal Penal, en cuanto a que la sentencia no puede exceder el contenido de la acusación. Sino que dicho principio, debe ilustrarse con todo el régimen regulatorio de la prueba que puede ser incorporada al juicio oral, consagrado en el artículo 276, cuando en base a consideraciones epistemológicas, autoriza la exclusión en sede cautelar, de aquellas pruebas ofrecidas que fueren manifiestamente impertinentes, (inciso primero) o que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral. (Inciso segundo in fine).

La determinación del sustrato fáctico, sobre el cual debe resolver el juez

cautelar, las objeciones de pertinencia, se ilustran de acuerdo a lo consagrado en el inciso final del artículo 259 del mismo cuerpo legal, esto es, *“la acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica”*. Solo puede devenir de lo anterior, que “hechos” y calificación jurídica son asuntos distintos, lo que palmariamente se recoge en la primera parte del inciso segundo del artículo 341 del mismo texto. Lo que se viene diciendo no es más que reconocer la triada entre formalización – art. 229-acusación –art. 259 – y sentencia – artículo 341- como los pilares sobre los que se construye el contenido epistemológico del juzgamiento penal, en orden a cuál es la verdad que se debe verificar en el juicio. Dicho lo anterior, esto es, que lo que establece el contenido probatorio del juicio, como la dinámica del mismo, al establecer las causales de objeción, -Art. 330- como las facultades de dirección y disciplina en el debate – art. 292 – es el pormenor fáctico de los hechos atribuidos al acusado.

Debe significarse entonces, como una segunda cuestión, y en esto creo estaremos todos de acuerdo, que lo que imputa el acusador, es un presupuesto fáctico que describe un hecho típico, antijurídico y culpable, en rigor, un delito, pues si aceptamos que el acusador pueda imputar hechos cuya naturaleza jurídica no sea un delito, debemos aceptar también que este tribunal no tiene competencia para conocerlos.

Si es cierto lo que venimos afirmando, en orden a que el acusador imputa hechos que tienen la naturaleza jurídica de un delito, entonces, siguiendo cualquier teoría, al menos desde la escuela neokantiana en adelante, se podrá tener como algo pacífico, que el tipo penal, posee un componente objetivo y uno subjetivo, al que llamamos dolo, en aquellos casos en que el agente conocía y quería verificar su acción criminal. Entendemos acción, de acuerdo a la opinión más extendida, como una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Esta acción es la que debe ser típica, o sea en una palabra, coincidir con una de las descripciones consagradas en el Código Penal, en el caso que nos ocupa, aquella descrita en el artículo 142 N°2 de dicho cuerpo normativo. Finalmente si aceptamos que la acción ha de ser de igual modo antijurídica, esto es, prohibido por el ordenamiento jurídico, no podemos sino concluir que el “injusto” en la especie, está compuesto por la acción y el tipo descrito en el artículo en referencia y la ausencia de causales de justificación.

En rigor el tipo penal que el acusador asume en concurso, demanda al menos en lo que aquí nos interesa, estimarlo como una figura pluriofensiva cuyo peso preferente de castigo descansa sobre el atentado a libertad personal, en particular a un tipo penal de privación de libertad y en esta línea una hipótesis especial de coacción, consistente en constreñir a otro a permanecer en un lugar determinado, o, en términos más precisos, constreñir a otro a omitir abandonar ese lugar. Así las cosas, el lugar en que se verifica la hipótesis de privación de libertad propia del tipo objetivo tributaria de la conducta que determinará la sanción penal del agente, es o constituye al menos, un aspecto relevante del juzgamiento, y en tal medida, la defensa debe tener la posibilidad de defenderse del mismo, máximo si lo atribuido al acusado en la imputación es que éste habría constreñido a la menor, a permanecer en calle Severo Cofre o en su defecto que habría constreñido a la menor a que omitiera abandonar la calle Severo Cofre de la comuna de Calbuco, en alguna ubicación que tampoco precisa.

Con todo, y más allá de la consideración y posibilidad de afectación de los derechos contenidos en las reglas relacionadas en forma previa y a lo consagrado en el artículo 8.2. Literal b), de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en relación con el literal f) de la misma regla; como de igual modo con el artículo 14.3.

Literal a) en relación a los literales b) y e) de la misma norma, hemos de considerar la posición de la defensa técnica en el caso concreto, en orden a que ésta no ha hecho caudal de estos reparos, y ha preferido resistir las sanciones pretendidas por el Estado bajo el resguardo de otras garantías fundamentales, según se verá en lo sucesivo. Asumimos, que esta decisión ha sido gobernada por la características del motivo en que incide, esto es, el literal f) del artículo 374 del estatuto procesal, que como motivo absoluto de nulidad, no precluye en su ejercicio para la defensa, desde que aparece disponible solo al conocer el contenido del fallo.

Conforme a lo que se anota, a los elementos de juicio relacionados se han establecido los hechos que se indican en el motivo que sucede.

Hechos acreditados

UNDÉCIMO: Que teniendo como fundamentación probatoria descriptiva y valorativa la expuesta en los motivos que preceden, como el conjunto de elementos de juicio incorporados, valorados en forma libre por el Tribunal, pero respetando los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, permite tener por establecido más allá de toda duda razonable que el 10 de noviembre de 2019, aproximadamente a las 16:45 horas, la menor de iniciales «RESERVADO» ., nacida el XXXXX, se aprestaba a cruzar la Avenida Caicaen de la comuna de Calbuco, en dirección a su domicilio, luego de haber concurrido a comprar en un negocio del sector con su hermano y su primo, oportunidad en que fue abordada por la espalda por J.A.S.S. quien la tomó del brazo y sus vestimentas para asirla a su cuerpo y de esa forma impidió por unos momentos que la menor cruzara la calle en dirección a su morada, acción que solo logró ejecutar, después de forcejear con el referido, pisar uno de sus pies y liberarse de éste. En la dinámica descrita la menor resultó con una equimosis en antebrazo derecho de carácter leve.

Estructura típica e imputación

DUODECIMO: Que la adecuada resolución del caso, no solo obliga a responder la ya compleja y disputada cuestión vinculada a la antijuridicidad material o lesividad implicada en la ejecución presupuesta en la imputación, esto es, una privación de libertad a título de sustracción de menores conforme a la regla del artículo 142 N°2 del Código Penal, sino además, y esto conforme a los hechos que ha tenido por acreditado el tribunal – distintos a los imputados – si una cierta duración del resultado de privación de libertad es determinante a propósito de tener por concurrente el tipo penal de sustracción de menor que sugiere el acusador institucional, aceptándolo desde ya, a éste como una figura pluriofensiva cuyo núcleo de injusto descansa preferentemente sobre el atentado a la privación de libertad en el ámbito de los ilícitos que quebrantan la libertad personal. En términos simples, lo que se quiere cuestionar, es si la interrupción momentánea de la facultad de movimiento de la víctima, constituye efectivamente una afectación relevante de su libertad ambulatoria, en otra perspectiva, si el núcleo del tipo penal demanda una afectación de la facultad de movimiento que sea significativa temporalmente para ajustar las acciones desarrolladas por el agente y el resultado típico soportado por la víctima a la figura que se pretende.

Valga recordar en esta parte que los hechos acreditados por el tribunal en lo que en esta parte nos interesa, corresponden a que *la menor fue abordada por la espalda por J.A.S.S., en los instantes en que se aprestaba a cruzar la Avenida Caicaen de la comuna de Calbuco, en dirección a su domicilio, oportunidad en que la*

tomó del brazo y sus vestimentas para asirla a su cuerpo y de esa forma impidió por unos momentos que la menor cruzara la calle en dirección a su morada.

En la especie se requiere de igual modo, examinar la estructura típica de la falta de coacción mediante violencia del artículo 494 N°16 del Código Penal. En esta línea, y siguiendo siempre al profesor Bascuñán, compartimos que en Chile la estructura de injusto sobre los que se construyen los delitos contra la libertad son las coacciones y las privaciones de libertad, y en tanto las primeras soportan como modalidades comisivas la violencia – falta- y la amenaza, -simple delito- las últimas no precisan circunstancias de comisión alguna. Por coacción se entiende: “*La acción de constreñir a otro a hacer, omitir o tolerar algo.*” Lo anterior expresado en la regla del artículo 494 N°16 se reduce a que la comete quien “*sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiera*”. En tanto por privación de libertad como ya se adelantara debe entenderse, La acción de “*constreñir a otro a permanecer en una posición espacial determinada, ya sea fija o móvil*” o como “*el constreñimiento a omitir abandonar una determinada posición espacial.*” En este orden de ideas, los ataques que satisfacen el tipo penal de privación de libertad (de movimiento) son precisamente aquellos que determinan ese resultado, mientras deben excluirse de esa consideración los ataques **restrictivos** de la libertad de movimientos, como **constreñir a abandonar u omitir ingresar** a un lugar, conductas todas que resultan subsumibles al amparo de la figura de coacción. En el contexto del injusto de la coacción lo relevante es la punibilidad o la no punibilidad de la coacción entendida como conducta típica, que depende, fundamentalmente, de la clase de interacción coercitiva desplegada por el coaccionador: ciertas clases de interacción coercitivas se encuentran jurídicamente penalmente prohibidas; las demás, no. Se trata, por ende, de la distinción entre coacción típica y coacción atípica. Y el eje de esta distinción está dado por el empleo de violencia o amenaza.

Como se viene diciendo, considerar a la privación de libertad como una hipótesis especial de coacción, consistente en constreñir a otro a permanecer en un lugar determinado, o en impedir que lo abandone, si bien en términos formales es correcta, deja abierta la discusión en torno a si es solo esa consideración lo que constituye a la privación de libertad en una coacción especial, o si se debe agregar más exigencias, como por ejemplo en el plano de la temporalidad, esto es, si el tipo demanda una perduración de la acción de constreñimiento o del resultado de privación de libertad. Si se responde negativamente, se mantiene una concepción de la privación de libertad como delito eventualmente permanente, en tanto si se responde afirmativamente, se opta por la afirmativa, se concibe a la privación de libertad como un delito necesariamente permanente.

La privación de libertad – como bien sostiene Bascuñán- es un delito de consumación instantánea, que puede permanecer en el tiempo, ya que éste se encuentra consumado desde el momento en que a la víctima le es impedido alejarse de un determinado lugar, pudiendo ese impedimento perdurar o no, y este último sentido es el que le agrega el carácter de eventualmente permanente. Sin perjuicio de lo que se viene diciendo, la posición del delito de privación de libertad en el sistema de la protección penal de la libertad personal, **hace razonable atender a consideraciones materiales referidas a la intensidad de la afectación del bien jurídico para determinar el ámbito de alcance del tipo.**

Lo que hace relevante a la libertad de fijar la posición del propio cuerpo en el espacio es su carácter de medio necesario para realizar una infinidad de acciones. Debido a constreñimientos antropológicos el ser humano despliega su vida

desplazando su cuerpo. Por esta razón, concebir a la privación de libertad simplemente como una coacción especial, diferenciada atendiendo a la significación del comportamiento de la víctima de la coacción (omitir abandonar) como fin en sí mismo, implica errar en la identificación de la peculiaridad de esta estructura de injusto dentro del sistema de protección penal de la libertad personal. La mayor gravedad del injusto de la privación de libertad no se explica por la significación final de la acción de abandonar un lugar, que es impedida, sino por la relevancia de esa acción para el conjunto indefinido de acciones cuya realización requeriría abandonar ese lugar.

En otras palabras, desde el punto de vista del sistema jurídico-penal la privación de libertad no es un atentado a una libertad específica, la libertad ambulatoria; para el derecho penal, **la privación de libertad constituye un atentado intensificado a la libertad general de acción, cometido mediante un atentado específico a la libertad ambulatoria: la coacción a omitir abandonar un lugar**.

La privación de libertad debe ser considerada, pues, como un atentado a la libertad personal más grave que la coacción. Se trata, de una consideración de disvalor material de injusto cuya respuesta en cada caso exige atención al contexto regulativo: la relevancia de la privación de libertad ha de ser apreciada en relación con las calificaciones alternativas. En otros términos, el criterio de solución al concurso entre coacción y privación de libertad, es un criterio material y no formal. Esto significa que para afirmar la prevalencia de la calificación de un impedimento de traslado como privación de libertad es indispensable que ese impedimento tenga un peso de injusto material tal que trascienda el impedimento puntual de cambio de posición. En el caso concreto lejos, estamos, conforme al fáctico acreditado en el desarrollo de la audiencia, que las acciones desplegadas por el acusado, en cuanto impidió por unos segundos que la menor, cruzara la calle para ir a su domicilio, tenga el peso de injusto material que trascienda el impedimento puntual de cambio de posición de la víctima, entre un lado de la calle o avenida Camino a Caicaen y el otro lado de la calle en la convergencia con calle o pasaje Vía Industrial en que se encontraba su madre.

Así las cosas, si bien la sujeción corporal verificada por el acusado en la persona de la menor «RESERVADO», en cuanto ella implica un impedimento de trasladarse, desde una perspectiva formal podría resultar constitutiva de una privación de libertad, en su hipótesis de detener, no es menos cierto que en tanto medio para lograr un fin restrictivo de la libertad portador -como medio- de una intensidad de afectación comparativamente menor que ese fin, las acciones de sujeción desarrolladas por el agente, resultan constitutivas de violencia, vis absoluta, y en tal medida equivalen a la supresión de la capacidad corporal de ejecución de la voluntad de la menor, y en este sentido solo subsumibles bajo el amparo de la figura de coacción del artículo 494 N°16 del Código Penal, calificación a la que se estará en definitiva.

En el mismo sentido que se viene resolviendo la calificación jurídica de los hechos, pueden ser consideradas las expresiones de Matus y Ramírez, aunque razonando con fundamentos distintos, al hacerse cargo de la figura de coacciones, en particular, al resolver los problemas de culpabilidad, *iter criminis* y concursos, al indicar que las coacciones se diferencian del secuestro de personas, porque las coacciones implican una agresión momentánea que afecta muy limitadamente las condiciones de ejercicio de la libertad personal, dejando al afectado en la posibilidad de ejercer su libertad ambulatoria en otras direcciones o momentos.

Calificación jurídica

DECIMOTERCIO: Que los hechos relacionados en los motivos que preceden, en cuanto importan que una persona sin estar legítimamente autorizado, restringió la libertad personal de acción de otra, impidiéndole hacer lo que la ley no le

prohibía, resultan constitutivos de la falta consumada de coacción en la persona de la menor de iniciales

«RESERVADO» ., prevista en el artículo 494 N°16 del Código Penal, perpetrado en la ciudad de Calbuco el 10 de noviembre de 2019.-.

Autoría

DÉCIMO CUARTO: Que a propósito de establecer la autoría del acusado, en los hechos atribuidos en la acusación, se debe tener presente que aun cuando éste hizo uso de su derecho a guardar silencio durante el desarrollo de la audiencia, no es menos efectivo, que el plexo de elementos de juicio que han permitido tener por acreditado los hechos por los cuales se le viene condenando en esta resolución, a la sazón, las incriminaciones directa de la menor «RESERVADO» y las demás referenciadas con testimonio de oídas de su madre, su hermano, los funcionarios policiales que comparecieron en la audiencia y la testigo F.R.G., resultan suficientes para predicar respecto a J.A.S.S., que ha tenido participación en calidad de autor de los hechos que ha tenido por concurrentes el tribunal, conforme a la decisión que se adelantara en el veredicto.

Que resta superfluo en esta parte determinar los fundamentos dogmáticos sobre los que se puede hacer descansar el título incriminatorio que permite aceptar como autor de los mismos a J.A.S.S., pues ya sea siguiendo la teoría del dominio del hecho, o la teoría clásica de participación conforme a las reglas de los artículo 14 y 15 N°1 del Código Penal, en razón de haber tomado parte en el mismo de una manera inmediata y directa en la forma que describe la regla en mención, de igual modo se puede predicar respecto del agente que éste ha ejecutado los hechos que describe la figura penal en curso, esto es, la falta del artículo 494 N°16 del Código Penal, falta sobre la cual se determinará la magnitud del castigo que se decida en la especie.

Culpabilidad

DÉCIMO QUINTO: Que establecido en el caso de marras, la tipicidad objetiva y subjetiva, como la antijuridicidad de las acciones ejecutadas por J.A.S.S., no basta para ejercer sobre éste, el *ius puniendi* estatal, sino que se debe determinar su culpabilidad, esto es, que se le pueda reprochar su actuar, porque en definitiva pudiendo haber adoptado una conducta conforme a derecho no lo hizo.

Condictio sine qua non para ser declarado culpable, es tener la **calidad de imputable**, es decir, haber tenido la capacidad de comprender, al momento de los hechos, las acciones que se ejecutaban, y haber dirigido sus actos conforme a esa comprensión.

La exclusión de imputabilidad, debe verificarse entonces, conforme a las reglas generales con la acreditación de alguno de los presupuestos que regulan los distintos numerales del artículo 10 del Código Penal. Sin embargo, estos juzgadores, conforme a la prueba incorporada en audiencia, no se logró establecer la concurrencia de ninguna de dichas causales, las que tampoco fueron alegadas por la defensa.

Que sin perjuicio de lo que se viene sosteniendo, a efectos de culpabilidad, no basta con que el agente sea imputable, sino que además se requiere, que éste comprenda la antinormatividad de sus actos, que se entere en forma íntima que actúa ilícitamente, requisito que en el caso de la falta de coacciones mediante violencia, estos juzgadores lo tienen por concurrente, conforme al conjunto de razonamientos que se han expuesto en los motivos que preceden, amén de que cualquier individuo de la especie humana sabe que no puede andar en la vía pública

construyendo mediante violencia la libertad de acción de las personas, pues dichas acciones se encuentran prohibidas y penadas por la ley.

De este modo, siendo la base de la ilicitud, de una evidencia elocuente, y no habiéndose alegado por la defensa causal de inexigibilidad de la conducta, o que libere de culpabilidad, alternativa que estos juzgadores como se viene expresando tampoco advierten, es que se concluye que los actos desplegados por el agente le resultan reprochables, o dicho en términos normativos, conforme a la teoría general, imputables a título de culpabilidad.

Determinación de pena

DÉCIMO SEXTO: Que a fin de determinar el rango de la penalidad que resulta aplicable al caso concreto, los juzgadores han de tener presente, la pena señalada por la ley a la figura establecida, su grado de ejecución, la forma de participación en el establecida, las circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes, y la extensión del mal producido por el ilícito.

Que el acusado ha resultado responsable en calidad de autor de la falta prevista y sancionada en el artículo 494 N°16 del Código Penal, sancionada con la pena pecuniaria de una a cuatro Unidades Tributarias, sin que concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad que considerar, por lo que el tribunal al imponer la sanción puede recorrer toda su extensión, estimándose como sanción proporcionada a estos efectos, la de **cuatro unidades tributarias mensuales**, lo que así será establecido en la parte resolutive de esta resolución.

En cuanto a la infracción de garantías fundamentales

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en cuanto a las alegaciones de la defensa en orden a la anulabilidad del presente juicio oral, fundado en que la realización de juicios orales vía remota -por la plataforma Zoom-, trasgrede sendas reglas legales e incide en garantías constitucionales como el debido proceso y la inmediación, esta última con claro énfasis en sus pretensiones.

En el contexto que se anuncia, es necesario, a propósito de no soslayar el nudo de lo debatido, recordar y compartir con la defensa que es efectivo que los juicios orales celebrados por video conferencia no están previstos en la ley de modo genérico, solo se establecen normas con carácter excepcional para la declaración de testigos o peritos – artículo 329 del Código Procesal Penal, entre otras- y la situación que contempla, con vigencia deferida, la ley 21.057 que regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales.

En esta misma línea, se debe tener presente que la Ley 21.226 (publicada en el D.O. con fecha 2 de abril de 2020), estableció un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones respectivas, y para los plazos y ejercicio de las acciones, verificados en tiempo de estado de emergencia sanitaria producto de la pandemia del Covid19 en Chile, cuyo artículo 10 autoriza a los tribunales a proceder en forma remota, contemplando el mandato de que se deben adoptar todas las medidas necesarias que aseguren las condiciones para el cumplimiento de las garantías judiciales del proceso consagradas en la Constitución Política de la República y los tratados internacionales ratificados por Chile, por lo que lejos de prohibirlos, apenas impone la obligación de examinar si la realización de juicios orales por video conferencia vulnera garantías fundamentales. Al efecto se ha señalado que el referido artículo 10 “no establece una autorización incondicionada

para el empleo del sistema de videoconferencia, por el contrario, se trata de una autorización genérica, aplicable a todas las audiencias del proceso, siempre que ello no redunde en una vulneración de las garantías procesales consagradas por el mismo ordenamiento.¹⁷ Entonces, el límite de las actuaciones de los tribunales chilenos en tiempo de pandemia -entre ellas las de los tribunales orales en lo penal- por vía remota, es el respeto irrestricto de las garantías fundamentales de todos los intervinientes, en el caso concreto, del acusado.

De acuerdo a lo que se viene exponiendo entonces, resulta obligatorio, remitirnos al examen de las garantías básicas del debido proceso cuya violación importa la ineficacia del juzgamiento a título de nulidad. Respecto del debido proceso en Chile y, “a diferencia de otras tradiciones legales esta cuestión no tiene entre nosotros un desarrollo importante. Fue el propio código procesal vigente, aprobado en 2000, el que estableció por primera vez en Chile la noción de que el respeto por las garantías básicas requiere que el juzgamiento penal se realice por medio de un juicio previo, oral y público.” Por otra parte, nuestra Carta Política no contempla un catálogo moderno de garantías procesales que haga referencia a estos principios y tampoco el vínculo entre garantías y oralidad, intermediación o presencialidad ha sido desarrollado con claridad por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuya jurisprudencia es obligatoria para Chile y que ha jugado un rol importante en la clarificación de algunos otros problemas.

Sin perjuicio del déficit que se viene explicitando, existe consenso en la literatura sobre el vínculo entre oralidad y garantías básicas y la consagración legal de algunos principios en el Código Procesal Penal, que deben ser preservados a la hora de realizarse juicios orales por videoconferencias, siendo evidente que los cuestionamientos se han centrado en la intermediación. En este orden de ideas, No podemos discutir que el código adjetivo establece el respeto del principio de intermediación en la regla de los artículos 284, reforzada en las de los artículos 329 y 334 del mismo cuerpo de leyes. La primera de las normas exige la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales durante todo el *iter* del juicio oral, bajo sanción de nulidad en caso de incumplimiento.

Como advertencia de rigor, digamos desde ya, que a pesar que la doctrina se refiere a la intermediación como “principio”, no existe claridad respecto de su naturaleza jurídica, de modo tal que la utilización del vocablo “principio” es neutra y hemos de tomarla de algunos autores que la caracterizan de esta manera, pero igualmente podemos mencionarla en lo sucesivo como garantía o sin apelativos, indistintamente.

De lo que debemos hacernos cargos entonces, en forma preferente, es si la realización de juicio oral por Zoom conculca el principio de intermediación. Se argumenta lata y excesivamente en pro de esta afirmación por la defensa, indicando entre otras argumentaciones, que la forma de operar por la referida plataforma, que procura el imprescindible distanciamiento social, no permite la presencia ininterrumpida del juez y los intervinientes, por una parte, y por otra, que impide al juez de los hechos tomar contacto *directo* e *inmediato* con la prueba rendida en audiencia.

Para replicar el primero de los cuestionamientos, es dable señalar que en las audiencias por videoconferencia, si bien no existe presencia física, los jueces (y los demás intervinientes) que se conectan vía remota “asisten personalmente”, pues se encuentran *sensorialmente*, mediante los dispositivos y en tiempo real, en todos los actos procesales que se verifican en la sala. Lo anterior debe ser conectado necesariamente con uno de los fundamentos del principio de intermediación, que tiene anclaje en consideraciones epistémicas, por cuanto al percibir la prueba de primera fuente por el juez, se producirían menos errores en la transmisión de la información,

excluyéndose de ese modo la intervención de terceros distintos del juez, como ocurría en el superado sistema procesal penal, del sistema inquisitivo, con la figura del actuario como eje central sobre el que descansaba la etapa de formación e incorporación de los elementos de juicio. Se cumple así el principio epistemológico que señala que mientras más pasos e intermediarios en el traspaso de los datos mayores posibilidades de error, a menor cantidad de eslabones mayor confianza en la fidelidad de la información, lo que no se ve interferido por la realización vía remota del juicio.

Los otros cuestionamientos, entienden que la inmediación -a través del contacto directo del órgano decisor con los medios de prueba- provoca en este un conocimiento instantáneo, mágico e inefable que solo a él le pertenece y que por lo tanto no puede ser verbalizado, permaneciendo en el ámbito de su inexpugnable íntimo convencimiento. Conceptualizado y entendido de esta manera, el principio de inmediación se erige en un verdadero método para valorar las pruebas y conforme a este predicado, la decisión sobre los hechos ocurrirá en contacto directo con el elemento de juicio. Es dable asumir que esta interpretación no debería ser propiciada por la defensa, desde que conspira la mayor parte de las veces a sus teorías del caso, y peor aún a la posibilidad de impugnar las decisiones gobernadas en estas circunstancias.

Conforme a lo anterior, es necesario tener presente que **la inmediación es solo una técnica para la valoración probatoria**, que exige la presencia ininterrumpida del juez y de los demás intervinientes en la práctica de la prueba, de lo que se deriva que solo se podrá considerar a efectos de la decisión de hechos probados la rendida en la audiencia de juicio oral y, además, que la causa deberá ser fallada, es decir adoptada la decisión final, por el mismo juez ante el cual se practicó la actividad probatoria, lo que no se afecta de manera alguna por la realización de juicio a través de Zoom.

Así las cosas, **la inmediación es una garantía, pero instrumental y al servicio de otros medios**, *los de prueba* y permite al juez ordenar el debate y hacer efectivo el principio de contradicción. Es posible sostener también, que la inmediación rectamente entendida, debe incidir en la producción de la prueba, esto es, en el examen original de las distintas fuentes de esta; de ahí que en rigor, su vigencia impida al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos anteriores al juicio propiamente dicho, lo que tiene su manifestación positiva en los artículos 329 y 334 del procesal. Los problemas que se pueden eventualmente producir mediante la forma de trabajo que se impugna, son de orden técnico, como la falta de conexión fluida, que además de ser interrupciones respecto de todos los intervinientes, dicen relación con una cuestión de orden contingente y no puede ser tomados como una línea de principios irreductibles. La principal dificultad que puede producirse es el derecho de la defensa (y de todos los intervinientes) a confrontar a los testigos y peritos que declaren en juicio, y especialmente la posibilidad de realizar interrogatorio cruzado o *cross examination*, que constituye la manifestación paradigmática del derecho a defensa, cuya verificación hasta ahora no se ha visto mermada y que dependerá del caso concreto.

Que por lo demás, valga tener en consideración en esta parte que el contenido del artículo 329 del estatuto procesal presupone que una declaración por el sistema de video conferencia, regulado en forma distinta en dicha regla, pero conteste el fondo, no vulnera el principio de inmediación.

También debe considerarse en esta parte la obligación de registro, establecido de acuerdo a lo previsto en los artículos 227 y 228 del procesal, vinculados al derecho a defensa y a la garantía de conocer la prueba de cargos que obrara en juicio en perjuicio del acusado también juega en el papel de los juicios por este sistema

un papel de garantía y salvaguarda para la defensa, en el sentido que ninguno de los elementos de juicio que se incorporen en el desarrollo del mismo pueden resultarles sorprendivos.

Todas las afirmaciones vertidas, deben necesariamente conectarse con lo que previene el artículo 373 a) y 375 del Código Procesal Penal, en cuanto exigen que el vicio en que se sustente el cauce de nulidad escogido debe ser sustancial, y dicha sustancialidad no puede ser determinada *ex ante* sino que será necesaria consecuencia del despliegue del juicio oral concreto, lo que significa que la realización del juzgamiento en particular ha afectado las garantías ínsitas en el debido proceso a fin de la procura de su legitimidad, lo que en la especie no se ha producido en opinión de estos sentenciadores.

Costas

DÉCIMO OCTAVO: Se eximirá al acusado del pago de las costas de la causa, atendido la facultad que el inciso final del artículo 47 del Código Procesal Penal confiere al Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, teniendo en consideración el contenido del artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales, en orden a estar defendido por la Defensoría Penal Pública.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 7, 14, 15 N°1, 18, 20, 24, 25, 26, 29, 31, 47, 50, 69, 142 N°2 y 494 N°16 del Código Penal; artículos 1, 5, 7, 8, 9, 45, 46, 47, 91, 93, 205, 217, 281, 295, 296, 297, 298, 309, 314, 315, 319, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 338, 339, 340, 341, 343, 344, 345, 346, 348, 349 y 468 del Código Procesal Penal; artículos 1 y ss., de la ley 21.226 y artículos 1 y ss., del Acta 53-2020 de la Excm. Corte Suprema, se declara:

I.- Que se **ABSUELVE** a **J.A.S.S.**, ya individualizado de los cargos que le suponían autor de un delito consumado de sustracción de menor, previsto y sancionado en el artículo 142 N°2 del Código Penal, supuestamente perpetrado en la ciudad de Calbuco el día 10 de noviembre de 2019.

II.- Que se **CONDENA** a **J.A.S.S.**, ya individualizado, a la pena de multa de **CUATRO UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES**, en calidad de autor de la falta de coacciones mediante violencia prevista en el artículo 494 N°16 del Código Penal, en la persona de la menor de iniciales «RESERVADO», perpetrado en la ciudad de Calbuco el día 10 de noviembre de 2019.

III.- Que la sanción pecuniaria impuesta será sustituida conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 49 del Código Penal, esto es, un día por cada tercio de Unidad Tributaria Mensual, y se le dará por cumplida por el mayor tiempo que ha permanecido privado de libertad por estos hechos, esto es, doscientos sesenta y uno (261) días, conforme al certificado extendido por el Ministro de fe de este tribunal.

Que de acuerdo a los fundamentos expuestos en los motivos precedentes de esta resolución no se condena en costas al acusado.

Decisión adoptada con la prevención del magistrado don Francisco Javier del Campo Toledo, quien fue de la opinión de condenar al acusado J.A.S.S. en calidad de autor de un delito de sustracción de menor, previsto y sancionado en el artículo 142 N° 2 del Código Penal, en grado de desarrollo de frustrado. En efecto,

este juez que disiente estima que los hechos imputados por el ministerio público fueron acreditados con la prueba rendida durante la audiencia de este juicio oral, y de ella merece especial referencia los dichos de la niña «RESERVADO» ., inteligente, segura de sí misma, tranquila, no se requirió explicarle mayormente las preguntas ni la situación. La menor contestó con claridad las interrogaciones a las que fue sometida evidenciando absoluta distancia de motivos ajenos a los que convocaba la audiencia. El acusado la tomó fuertemente del brazo para llevarla a un sito sin el resguardo familiar ocasionándole lesiones calificadas de leves por el médico que la examinó. El acusado no es persona conocida por la niña, le es indiferente cualquier resultado de este juicio, no tiene ganancia ni pérdida, entregó detalles periféricos sobre lo acontecido liberándose del acusado dándole un pisotón. El testimonio de «RESERVADO» , reúne todas las cualidades para concederle pleno valor probatorio y suficiente para acreditar los hechos y la participación culpable y penada por la ley que le cabe al acusado como autor del delito de sustracción frustrada de una menor de 18 años de edad.

Regístrese y comuníquese al Juzgado de Garantía de Calbuco, para la ejecución de lo resuelto, y en su oportunidad archívese.

Devuélvase al Ministerio Público, los documentos y otros medios de prueba incorporados en la audiencia del juicio oral.

Redacción del magistrado don Jaime Rojas Mundaca y de la prevención suautor.

RIT N° 30-2020

RUC N°1901211168-4

DECRETADA POR LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE PUERTO MONTE, INTEGRADA POR LOS JUECES TITULARES DON FRANCISCO JAVIER DEL CAMPO TOLEDO, DON ANDRES VILLAGRA RAMIREZ, Y DON JAIME ROJAS MUNDACA.

Tribunal: Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt.

RIT: 35-2020

RUC: 1900504057-7

Delito: Robo Con fuerza en las cosas en lugar habitado.

Defensores: Claudio Herrera Reyes y Polux Lemat Monde.

5.-Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt reconoce atenuante calificada del 456 del Código Penal privilegiándola por sobre el 449 del mismo cuerpo legal, en razón del cumplimiento de los presupuestos fácticos que se ajustan a la regla atenuatoria reclamada por la defensa, obligando a los juzgadores a la aplicación de la pena inmediatamente inferior en grado señalada por la ley para el delito ([29.09.2020 rit 35-2020](#)).

Norma asociada: CP ART. 456; CP ART. 449.

Tema: Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal; Juicio Oral.

Descriptor: Atenuante muy calificada; Robo con fuerza en las cosas; Tribunal Oral en lo Penal; Autor; Penas privativas de libertad; Declaración del imputado; Sentencia condenatoria.

SINTESIS: *Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt estableció la concurrencia de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 456 del Código Penal, de carácter calificada, cuya finalidad de política criminal busca servir de incentivo para disminuir el daño sufrido por la víctima, argumentando que en nuestro actual sistema procesal las tesis amplia y la restringida son contestes para aceptar la atenuación demandada para el acusado del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, en calidad de autor, previsto y sancionado en el artículo 440 N°1 del Código Penal, en grado de desarrollo consumado(considerandos décimo octavo, décimo noveno y vigésimo, vigésimo primero).*

TEXTO COMPLETO:

PUERTO MONTT, Septiembre diecinueve de dos mil veinte. VISTOS, OIDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, los días once y catorce recién pasado, ante esta primera sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, constituido por el juez Presidente de la misma don Andrés Villagra Ramírez, y los jueces titulares doña Patricia Miranda Alvarado y don Jaime Rojas Mundaca, se llevó a efecto la audiencia de Juicio Oral en la causa rol interno N°35-2020, seguida en contra de L.A.V.V., chileno, sin apodos, sin nombres supuestos, natural de Puerto Montt, nacido el día XXXXX, 30 años de edad, soltero, cédula nacional de identidad N°XXXXX, lee y escribe, 8° básico, obrero agrícola, domiciliado en XXXXX.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el Fiscal adjunto don Naín Lamas Caamaño.

La defensa del acusado estuvo a cargo de los defensores penales públicos don Claudio Herrera Reyes y don Polux Lemat Monde.

Acusación

SEGUNDO: El Ministerio Público, de acuerdo al auto de apertura remitido a este Tribunal, imputó al acusado los siguientes hechos:

"El día 10 de mayo de 2019, alrededor de las 18:00 horas, el imputado L.A.V.V. concurrió hasta el Fundo La Paloma, ubicado en el sector La Paloma, comuna de Los Muermos, dirigiéndose a la casa habitación de doña P.E.S.O., lugar donde sacó de su marco un vidrio de la ventana de un dormitorio e ingresó por esa vía no destinada al efecto a la casa, registrando sus dependencias en búsqueda de especies de valor, sustrayendo un televisor AOC de 50 pulgadas y un cilindro de gas marca Abastible de 15 kilos, huyendo del lugar con dichas especies muebles, apropiándose de las mismas con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueña."

Fiscalía

TERCERO: El Ministerio Público, sostuvo que los hechos descritos en la acusación, resultan constitutivos de un delito de Robo con fuerza en las cosas en lugar habitado previsto y sancionado en el artículo 440 N°1 del Código Penal, en relación con el artículo 432 del mismo cuerpo legal, y la participación que ha correspondido al acusado en los mismos, lo es a título de autor del artículo 15 N°1 de la misma normativa, requiriendo se le condene a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales y las costas de la causa.

La fiscalía sostuvo en sus alegaciones de cierre que con la prueba incorporada en audiencia, logró acreditar más allá de toda duda razonable, el hecho punible, como la participación que le cupo al acusado, pidiendo el rechazo de las alegaciones de la defensa en orden a la insuficiencia de la prueba, como a que en la especie se trataría de un procedimiento viciado por vulneración de garantías fundamentales, alternativa esta última solo argumentada en las alegaciones de cierre de la defensa, al menos en lo referente a lo de las diligencias autónomas que habría realizado la policía.

En la audiencia de determinación de pena, requirió se impusiera al acusado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, allanándose a la consideración a favor del acusado de la atenuante contemplada en el numeral 9 del artículo 11 del estatuto penal, pidió el rechazo de la atenuante calificada del artículo 456 del Código Penal, por ya estar el procedimiento en marcha en contra del acusado en la oportunidad en que hizo devolución de las especies sustraídas indicando el lugar en que las había ocultado.

Defensa

CUARTO: La defensa del acusado presentó como teoría principal, en sus alegatos de apertura, la absolución de su representado por insuficiencia probatoria, en relación al hecho punible como a la participación, y en forma subsidiaria su absolución por vulneración de garantías fundamentales en torno a la forma en que se realizó la audiencia de juicio oral, esto por video conferencia en la plataforma zoom, y en segundo lugar por vulneración de garantías fundamentales vinculadas a la realización de diligencias autónomas de la policía.

El acusado L.A.V.V., como medio de defensa, en la oportunidad que prevé el artículo 326 del Código Procesal Penal, hizo uso de su derecho a guardar silencio.

En sus alegatos de cierre, la defensa técnica alega la absolución de su representado por vulneración a las formas de juicio, entre otras resueltas en audiencias previas al juicio oral, por vulnerarse lo dispuesto en el artículo 329 del Código Procesal Penal, desde que los testigos que prestaron declaración en la audiencia no lo hicieron en dependencias del tribunal, sin ministro de fe y sin que se expresara el motivo grave y calificado que permitía dicha declaración por ese sistema. En segundo lugar afirma que las labores desarrolladas por la policía en la oportunidad en que sucedieron los hechos, no se encuentran dentro de las diligencias autónomas que el legislador prevé, razón que permitiría no valorar la prueba derivada de esas diligencias. En tercer término reclama la absolución de su representado por insuficiencia probatoria y desde esa dimensión no se encontraría acreditado el hecho punible ni la participación.

En la audiencia del inciso cuarto del artículo 343 del Código procesal Penal, solicitó se reconociera en favor de su defendido, la atenuante contemplada en el numeral 9 del artículo 11 del Código Penal, y del mismo modo la atenuante calificada del artículo 456 del mismo cuerpo legal, por haber hecho devolución de las especies sustraídas antes que se decretara su prisión, y en esa consecuencia requiriendo se le imponga una pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo.

Contradictorio y garantías fundamentales

QUINTO: Que teniendo en consideración las alegaciones de apertura y clausura de los intervinientes, como la decisión a la que llegó el tribunal, la contradicción del juicio mira a los requisitos que deben exigirse para tolerar la calificación jurídica atribuida a los hechos, como la absolución por insuficiencia probatoria que viene pretendiendo la defensa, y de igual modo las observaciones en torno a la legalidad de las actuaciones policiales vinculadas al control de identidad y las demás que tocan al debido proceso.

Así las cosas, el acusador debía probar los hechos imputados en la acusación, subsumidos en la figura prevista y sancionada en el artículo 440 N°1 en relación al artículo 432 ambos del Código Penal, tanto objetiva como subjetivamente, desde dicha perspectiva, la suficiencia de la prueba de cargos, se enfrenta a la garantía fundamental de toda persona de ser presumida inocente, al momento de someterse al juzgamiento penal; lo que a priori, no supone menos que el persecutor debía desarrollar una actividad probatoria que permitiera la acreditación de los hechos típicos y antijurídicos descritos fácticamente en la acusación, correspondiéndole a los juzgadores sólo la valoración de su suficiencia, la constatación de su legal obtención, como su atribución objetiva y subjetiva al acusado, en la correcta relación de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad vinculada al caso concreto.

En relación a la vulneración de garantías vinculadas a la forma de juzgamiento, todas ellas fueron resueltas al promoverse los respectivos incidentes durante el desarrollo del juicio, y en los alegatos de cierre no se vinculó lo anunciado al promover el incidente con algún elemento de juicio incorporado en la audiencia virtual, ni de qué forma la garantía supuestamente conculcada habría influido en el contenido epistemológico aportado en concreto. En esta dimensión, resultan entonces suficientes lo resuelto en las incidencias que formaron parte del contradictorio.

Respecto a las alegaciones de la defensa, relacionadas ahora con vulneración de garantías fundamentales que se habrían verificado durante la etapa de investigación, y que se reducen, según demanda, a actuaciones autónomas de la policía y omisiones de la

obligación de registro, si bien la defensa vincula las infracciones de base, a las reglas de la carta fundamental como a las contenidas en diversos cuerpos normativos internacionales que detalle, no es menos efectivo, que no indica, ni refiere en caso de aceptarse su tesis, cuáles serían los elementos de juicio que deberían en concreto ser valorados negativamente por los juzgadores, menos por cierto argumentar o realizar el vínculo entre la garantía amagada y la información introducida al juicio al amparo de dicha conculcación, y que en esa consecuencia los juzgadores deberían valorar en forma negativa, según señala. Su petición es de carácter genérico, mandatando a los juzgadores a que éstos “busquen”, “vean” o “traten de descubrir en lo que les parezca más adecuado” cuál sería el contenido epistemológico a excluir de valoración. Aceptar la pretensión de la defensa, en los términos formulados, implicaría no respetar el contradictorio, desde que las reflexiones del tribunal en esta dinámica solo serían conocidas por el acusador, al momento de leer el fallo, sin haber podido hacerse cargo de esas peticiones concretas – que no hubo- con algunas de las reglas de atenuación de la prueba ilícita que podrían concurrir en la especie.

Con todo, la petición de la defensa en esta línea de igual forma debería ser desechada, esta vez, en consideración al principio de relevancia, - sin perjuicio de haberse podido requerir de un modo distinto- teniendo en consideración la segunda declaración que prestó el acusado con presencia de su abogado defensor ante el fiscal de la causa en la etapa de investigación, en la que reconoce en general su participación en los hechos, admitiendo la apropiación de las especies sustraídas y objetando solo la forma de acceso. No es complejo concluir conforme a lo que se viene señalando que dichas afirmaciones hacen palidecer y le quitan consistencia a las alegaciones en este capítulo, teniendo en cuenta además, que en sus expresiones de cierre la defensa no verificó argumentación alguna en torno a la relevancia de esta segunda declaración, con las características referidas, omitiendo en rigor, toda mención a ella, pero no mencionarla no obsta a su existencia y la incidencia que tiene en las alegaciones exculpatorias de la defensa.

Bien Jurídico y naturaleza

SEXTO: Aunque se discute incluso si es posible encontrar uno o varios bienes jurídicos en los delitos del título IX del libro II del Código Penal, dando lugar a sendas teorías monistas o pluralistas que buscan determinar cuál es el bien amparado por estas figuras, lo cierto es que parece al menos ser algo pacífico que el delito de robo contemplado en el artículo 432 del sustantivo, debe ser considerado un delito contra la propiedad y no un delito contra el patrimonio. Aceptar esta última alternativa obligaría a predicar la impunidad de quien se apropia de una especie mueble con un valor comercial de cien mil pesos y deja ciento cincuenta mil a su propietario por las molestias de adquirir una nueva que la reemplazare, hipótesis en las que incluso, el patrimonio del supuesto afectado aumenta en lugar de disminuir. No obstante lo grosero del ejemplo, nadie puede poner en duda, que la conducta de ese agente, realiza el tipo penal de hurto al menos.

Agreguemos en esta misma línea, que el delito de robo con fuerza, en cuanto implica una apropiación correlativa de la cosa mueble ajena, que se verifica con rompimiento de la esfera de custodia de su titular, a diferencia de los delitos de mera expropiación –como el delito de daños- demanda como objeto de protección la relación de dominación sobre ese bien, que corresponde al contenido del derecho real de dominio. En rigor esto implica, que el delito de robo no protege la posesión ni la mera tenencia, salvo en cuanto se encuentren vinculadas a la propiedad del titular. La denominación de parte de la doctrina de este tipo de delitos como “delitos dominicales”, no hacen sino corroborar lo que se viene indicando.¹

La identificación de la propiedad como bien jurídico protegido implica también, que el propietario de la cosa se encuentra excluido del ámbito de destinatarios de las normas de

comportamiento que prohíben la apropiación punible, lo que no quiere sino decir, que solo existe apropiación punible de cosa ajena. Por la misma razón, la afectación de la tenencia o posesión de un tercero sobre una cosa, cometida con el propósito de salvaguardar los intereses del propietario, tampoco es constitutiva de apropiación punible.

Con todo, la propiedad como bien jurídico amparado, puede ser entendida en un sentido predominantemente normativo, como posición jurídico-formal del titular del derecho de dominio, o bien en un sentido predominantemente fáctico, como contenido material de poder que corresponde a esa posición jurídico-formal.

La opción por una u otra concepción tiene importancia para entender la naturaleza jurídica de este delito, desde que para una concepción que ponga el acento en el aspecto normativo de la propiedad como bien jurídico, su naturaleza será por regla general, un delito de peligro, mientras que para aquellos que adscriban a teorías que ponen el acento en los aspectos fácticos de la propiedad, es decir, en las posibilidades de uso, goce y disposición de la cosa, la acción de apropiación implicará al menos un principio de lesión a la propiedad. Esta distinción, -concepción normativa o fáctica- también es relevante a propósito del tratamiento de la antijuridicidad del ánimo de apropiación, aspecto crucial en la determinación de la apropiación punible y la autotutela ilícita.²

De acuerdo a los fundamentos relacionados, y siguiendo como en toda esta parte al profesor Bascañán, aceptaremos como bien jurídico en el delito de robo, la propiedad, entendiendo a esta como el contenido de poder fáctico correlativo a la posición jurídico-formal del propietario. Contexto en el que el delito de robo con fuerza es un delito de lesión de la propiedad, ya que, como se verá, la acción típica supone sustitución de una relación de poder por otra, no consentida por el propietario, mediante una acción de despojo de la tenencia de la cosa. La desposesión es un elemento del tipo objetivo del delito de robo con fuerza cuya relevancia se encuentra en su significado funcional para el ejercicio del derecho de propiedad. La detentación de la cosa es presupuesto de la posibilidad inmediata de disposición sobre ella, y en ello se encuentra la justificación de su previsión como modo específico de ataque a la propiedad.

SÉPTIMO: A priori digamos que para estar ante el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, conforme a lo dispuesto en el artículo 432 del sustantivo, se requiere la apropiación de cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, siempre que dichas cosas hayan estado ubicadas en el interior de un lugar cuyo destino natural corresponda al uso habitacional, que sirva de morada a sus habitantes, y que en el momento en que se verificó la apropiación, estos no hubiesen estado en el mismo, por alguna razón determinada. Por último se precisa que se haya ingresado al lugar mediante escalamiento, es decir, por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos o fractura de puertas o ventanas.

Desde que la naturaleza exigida a la conducta que debe desarrollar el agente, demanda solamente la ejecución de un acto -apropiarse de especies muebles ajenas - que no requiere prolongarse en el tiempo; sin que se precise además la verificación de un resultado externo y materialmente apreciable que se independice del primero, se puede concluir que se trata de un ilícito de carácter instantáneo y de mera actividad.

Con todo, si bien el anterior desarrollo da cuenta de la literalidad normativa, las figuras de apropiación que protege el párrafo 3º del Título IX del Código Penal, particularmente en los casos de los delitos de hurto y robo, presuponen como acción a realizar por el agente, desde el punto de vista del tipo objetivo, la ruptura de custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa, y desde la perspectiva del tipo subjetivo, que dichas

acciones se verifiquen con ánimo de apropiación, ánimo que junto al dolo y el ánimo de lucro constituyen los elementos subjetivos de los delitos de hurto y robo, alternativas sobre las que descansan las diferencias entre el hurto y el robo con la apropiación indebida del artículo 470 N°1 del sustantivo.

En el contexto que se viene reflexionando, las figuras del párrafo en mención, no son más que hurtos calificados en razón a las circunstancias de comisión⁵, ello, por considerar el legislador, -a propósito de exasperar la pena- que el plus de injusto se encuentra en el modo específico de ruptura de la custodia ejercida sobre la cosa. En efecto, en las apropiaciones que sanciona este tipo de ilícitos, -habitado y no habitado- existe por parte de los afectados, una voluntad intensificada de custodia, que se concreta en el uso de mecanismos de resguardo de las especies. Así, fuerza en las cosas, no significa energía desplegada sobre la cosa que es objeto de la apropiación, sino vencimiento del mecanismo de resguardo de su custodia. En el vencimiento del mecanismo de resguardo se expresa una intensificación del ataque a la propiedad.

Este rasgo característico, propio de la legislación española y heredado en consecuencia por la regulación nacional, sistematiza los supuestos de robo con fuerza en las cosas, de acuerdo al lugar en que éstas se encuentran, así para estar ante un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, se requiere la apropiación de cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, siempre que dichas cosas estén ubicadas en el interior de un lugar habitado o destinado a la habitación o sus dependencias, y se ingrese al mismo mediante escalamiento, es decir, por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos o fractura de puertas o ventanas.

Desde ya podemos compartir, -pues no existen dos opiniones al respecto- que un lugar habitado es aquel que sirve de morada a una o varias personas que allí viven, o en “apropiación”. En cambio, para la descripción de la acción propia del hurto y del robo es preferible el término “sustracción”. De aquí que la doctrina chilena unánimemente entienda la apropiación constitutiva de hurto o robo como sustracción con ánimo de señor y dueño. Bascuñán Rodríguez, Antonio “Delitos contra intereses instrumentales” en Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez: comentario de la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Número 1, Legis, 2004.pp 301 y 302.

A su tiempo, entenderemos por lugar no habitado, como aquel en que no moran personas, no duermen y no hacen su vida doméstica, resultando irrelevante, para la calificación del lugar, que éste sea utilizado por personas que se encuentren presentes físicamente en el momento de cometerse el delito, incluso sin importar el motivo que determinó su estadía en el lugar. Lo anterior, debe ser complementado, por las expresiones de Etcheverry, “...la doctrina española consideraba que la “casa habitada” debe ser una “morada”, de acuerdo con el texto legal, o sea, un hogar doméstico, y no un sitio en que se desarrolle una actividad profesional o industrial”.

De lo antes dicho, no fluye sino que, el concepto normativo de habitado o destinado a la habitación, se encuentra insoslayablemente ligado al objeto que -en la práctica- se dedica el lugar, -morada o no de sus habitantes- apreciado al tiempo en que el ilícito se perpetra, lo que no necesariamente debe o pueda coincidir con la naturaleza del mismo, ni con las intenciones del dueño o poseedor. Lo anterior, puede desprenderse, elocuente e ilustrativamente de las palabras de Pacheco: “...habitar no es encontrarse materialmente presente en una casa, sino que tener en ella, su cama, su hogar, su domicilio, su habitual residencia”

Como se puede advertir la determinación en orden a si se trata de un lugar, habitado, destinado a la habitación o no habitado, no se decide por la estructura del inmueble, sino como se viene diciendo, deriva de la circunstancia de tener en dicho lugar una persona su actual residencia. Al respecto, -aunque pronunciándose por las casas de veraneo- parecen aclaratorias las palabras del profesor Kunsemuller, cuando afirma: “Que, si el núcleo del carácter destinado a la habitación de un inmueble fuera nada más que el lazo espiritual, afectivo, entre dueño y morada, la destinación subjetiva personal, el objetivo que le asigna, entonces el bien jurídico tutelado sería un mero pensamiento o sentimiento, un fenómeno de la vida afectiva o espiritual, sin ningún referente de materialidad, de corporización de ese sentimiento, y no debemos olvidar que se trata de delitos contra la propiedad cometidos por medios materiales. Nada podría justificar una pena equivalente a la mínima del homicidio para proteger un pensamiento que liga a alguien con un bien...que se ha entendido que la destinación al objetivo de habitación implica una afectación real y actual de los propietarios o tenedores de la casa o morada, ser ésta sede o centro de actividades domésticas cuando se comete la apropiación, lo que no ocurre cuando el recinto se encuentra desafectado de esa finalidad...”.-

Bajo estos parámetros normativos y doctrinarios, la prueba de cargos incorporada permitió al acusador acreditar la calidad de destinada a la habitación del inmueble en que se verificaron los acontecimientos, según desarrollo sucesivo, pues como se podrá advertir, la propiedad no se encontraba en el inmueble al momento de ocurrir el ingreso del acusado a su vivienda.

Lugar destinado a la habitación

OCTAVO: Contribuyó en forma principal en la acreditación de este elemento de tipicidad objetiva, las declaraciones de P.E.S.O., quien manifestó en lo pertinente, que tiene su casa habitación en un inmueble ubicado en el interior del XXXXX en la localidad de Los Muermos, casa habitación en la que vive sola desde el fallecimiento de su marido ocurrido hace unos 8 años atrás. Agrega que en el fundo también vive, V.T.H., trabajador que le ayuda en las diversas labores del campo, este ocupa una vivienda a unos 800 metros de la suya. En torno a los hechos, sostiene que tiene perfecto recuerdo que estos ocurrieron el día 10 de mayo de 2019, en esa oportunidad, a propósito de la celebración del día de la madre, concurrió a la casa de su hija a tomar onces, saliendo de su casa alrededor de las 16:00 y volviendo alrededor de las 22:00 horas. Refiere que al regresar advirtió inmediatamente que desconocidos habían ingresado a robar a su domicilio, pues el vidrio de una de las hojas de la ventana de su dormitorio había sido desmontado, y que corresponde al lugar por el que entraron. Acota que en la ocasión le sustrajeron el televisor Led que mantenía en su dormitorio, y un cilindro de gas licuado que mantenía en una especie de entrepiso, bajo la vivienda. Con todo, narra que la vivienda presentaba evidentes muestras de registro. Indica que si bien es cierto, en la ocasión le sustrajeron algunas joyas y algo de ropa, eso no lo advierte al momento de hacer la denuncia, por lo que no lo refirió a los policías que llegaron a tomar el procedimiento. Detalla que al llegar a la casa esa noche, vio el vidrio de la ventana puesto o afirmado sobre la pared externa del dormitorio, la puerta de la cocina abierta y la energía eléctrica de la casa estaba cortada. Sostiene que al salir había dejado todo cerrado, ya que había sido víctima de un robo en el mes de enero del mismo año, ocasión en la que le habían robado buena parte de sus joyas lo que le llevó a instalar cámaras de seguridad en diversas partes externas del inmueble. Afirma que lo primero que hizo fue llamar a su empleado V.T.H., para que este le ayudara a llamar a carabineros, pues ella se encontraba muy nerviosa para hacerlo. Refiere que al llegar carabineros vieron la grabación de las cámaras de seguridad e inmediatamente pudo advertir, a pesar de tratarse de imágenes no tan nítidas que el autor del robo había sido su ex empleado L.A.V.V., a quien reconoció

pues trabajó con ella alrededor de un año y además llevaba una mochila que solían utilizar en las faenas, cuando se trasladaban a trabajar al campo. Explica que esa mochila la habían perdido pues había quedado en una bodega y luego no volvieron a verla, pero que en todo caso era una mochila vieja que usaba su hija cuando concurría al colegio.

El acusador institucional contextualiza la declaración de la testigo incorporando como otros medios de prueba N°2, mediante el sistema de compartir pantalla en la plataforma zoom, un total de 10 fotografías de un total de 23 ofrecidas, correspondientes a las imágenes signadas con los numerales, 2, 3, 4, y desde la 7 a la 13, en las que ella reconoce la estructura del inmueble, la hoja de la ventana del dormitorio en que fue desmontado el vidrio de la misma, el lugar en que se encontraba el televisor Led y el cilindro de gas licuado, las cámaras de seguridad, y la visión que tenían del inmueble.

El carácter de destinado a la habitación del inmueble en referencia, en los términos que lo propone la propietaria, se ve corroborado por el testimonio que prestan en la sala, el testigo V.T.H., quien en lo pertinente señala que trabaja como empleado de la señora P.E.S.O., y en esa condición vive regularmente en una vivienda que se ubica a unos 800 metros de la de ella, en el mismo predio, ubicado en el interior del XXXXX, sector del mismo nombre de la comuna de Los Muermos, y que el día 10 de mayo de 2019, alrededor de las 22:30 horas, ésta lo llamó por teléfono pues le habían entrado a robar a la casa, que el inmueble en que fueron sustraídas un televisor y un cilindro de gas licuado, corresponde a la vivienda de la referida, y que la forma de ingreso al mismo en la ocasión fue por la ventana de su dormitorio, desde donde habían sacado un vidrio de una de las hojas de la misma.

No es algo distinto lo que señala, el funcionario policial Segundo Abarca Calderón, quien en lo que en esta parte interesa, señala que el día 10 de mayo de 2019, le correspondió constituirse en domicilio de doña P.E.S.O., ubicado en el XXXXX, sector del mismo nombre de la comuna de Los Muermos, donde vive sola, salvo la casa de un empleado de nombre V.T.H., que queda en el mismo predio pero a una distancia de unos 800 metros. Acota que se trata de una casa habitación y que el acceso al mismo se verificó por la ventana del dormitorio de la propietaria desde donde se había sacado el vidrio de una de las hojas.

El acusador contextualiza la declaración del testigo, a propósito de corroborar este elemento del tipo objetivo, incorporando como otros medios de prueba N°1, mediante el sistema de compartir pantalla en la plataforma zoom, un total de 5 fotografías, en las que el testigo reconoce la estructura del inmueble, la leñera donde se ubicaba una de las cámaras, la ventana del dormitorio con el vidrio desmontado de una de sus hojas, los muebles del mismo dormitorio como las evidentes muestras de registro que se podían advertir.

Finalmente en este punto, compareció en la audiencia el funcionario de carabineros Arturo Catalán Orrego, quien en lo pertinente indicó que en su calidad de miembro de la SIP de carabineros, le correspondió encargarse de las diligencias por la denuncia formulada por la afectada doña P.E.S.O., y en esa dinámica concurrió a su domicilio ubicado en XXXXX, sector del mismo nombre de la comuna de Los Muermos, constatando que ella habita en dicho inmueble sola, siendo la casa más cercana la de su trabajador V.T.H. que se ubica a unos metros dentro del mismo predio.

De esta forma, y teniendo en consideración además, la dinámica que los testigos en su conjunto relatan, es posible concluir, que el lugar en que se perpetró el ilícito, al momento de ocurrir el mismo, constituía la sede real y actual del hogar doméstico de P.E.S.O., quien al momento de ocurrir los hechos se encontraba ausente, pues en esos momentos asistía a la celebración del día de la madre en el domicilio de su hija, circunstancias que satisfacen

los presupuestos objetivos y subjetivos, para calificar al inmueble ubicado en XXXXX, sector del mismo nombre de la comuna de Los Muermos, como un lugar destinado a la habitación.

Apropiación

NOVENO: Que a propósito de determinar el sentido y alcance de la apropiación como elemento del tipo, se le debe ponderar en su vinculación con los términos “sustraer” o “tomar”, voces que aunque, en algunas oportunidades suelen ser utilizadas como sinónimas al comportamiento que exige la tipicidad de la figura, sin embargo, resultan más restrictivas al verbo descriptivo utilizado por el legislador, desde que dan cuenta o aluden a un “modo concreto de ejecución” de la conducta que debe realizar el agente, versus la – a priori- aparente indeterminación de medios que pareciera proponer la expresión “apropiarse” contenida en la regla del 432 del sustantivo o al vocablo “apoderarse”, que también resulta recurrente en la resolución de los casos vinculados a este tipo de ilícitos.

Que en efecto, tal como lo sostiene el profesor Oliver, al exigirse una apropiación o apoderamiento de la cosa, o sea, “hacerla propia” un individuo o “sujetarla a su poder”, es indiferente el modo en que esto tenga lugar, lo que alentaría una interpretación en orden a que en al menos en el caso del delito de hurto- y con ello a esta clase de ilícitos- , se trataría de un delito de medios indeterminados.

Con todo, y pese a que el legislador no señala como debe producirse la apropiación, una interpretación sistemática de las disposiciones vinculadas al hurto, permite aceptar que ella debe verificarse a través de una “sustracción de la cosa objeto material del delito.” Lo anterior, teniendo en consideración que el artículo 448 que consagra el llamado Hurto de hallazgo, sanciona a quien se encuentra una cosa al parecer perdida o abandonada y no las entrega a su dueño o a la autoridad. En estos casos la especie sustraída se encuentra fuera de la esfera de custodia de su titular, y permitiría siguiendo una interpretación amplia suponer que se trataría de casos de apropiación y/o apoderamiento que pudieran determinar una sanción a título de hurto simple, dicha alternativa se excluye por la regla del artículo 448 ya mencionada, lo que obliga a aceptar entonces que para que tenga lugar la apropiación en el hurto o robo, es necesario que la cosa aún se encuentre bajo la esfera de resguardo o custodia de su titular, esfera desde la cual debe ser sustraída, o lo que es lo mismo: “la cosa debe ser apropiada, por regla general, mediante sustracción. Deviene entonces, que la conducta que debe desarrollar el agente en la especie, es cualquier forma de sustracción que implique apoderarse de la cosa, - con ello el propietario pierde el poder fáctico sobre la misma- pero la apropiación que impone el tipo, importa algo más que el simple apoderamiento mediante sustracción, para realizar el tipo se requiere que la sustracción este acompañada del ánimo de señor y dueño, animus rem sibi habendi o animus domini, que no es otra cosa que la intención de comportarse como dueño de la cosa sustraída. Este ánimo, junto al dolo y el ánimo de lucro, componen el tipo subjetivo de la figura y es lo que se deberá acreditar en esta parte con los elementos de juicio incorporados en la audiencia.

Todo lo que se viene diciendo es lo que determina a Oliver a concluir que la apropiación constituye un elemento típico complejo, que abarca dos partes, una objetiva, constituida por la sustracción, y otra subjetiva, el ánimo de señor y dueño. Así, apropiarse, importa entonces, apoderarse de una cosa, mediante su sustracción con ánimo de señor y dueño.

No obstante, teniendo presente la existencia de la figura de apropiación indebida contemplada en el artículo 470 N°1, gobernada por la misma voz, “apropiación”, pero que importa la apropiación de especies que se encuentran en poder de quien realiza la conducta apropiatoria en razón de un título fiduciario, es que la conceptualización de la expresión

“apropiación” para los delitos de hurto y robo debe ser complementada a propósito de diferenciarla en su contenido de la figura del artículo 470 N°1, relevando la idea que en los casos de hurto y robo, existe un rompimiento a la esfera de custodia del propietario, ya que en la especie se encuentra en poder de éste y no del agente, de tal suerte que la idea de lo que debemos entender como apropiación para los delitos de hurto y robo, consiste en el apoderamiento de una cosa verificado mediante la ruptura de custodia ajena, y estableciéndose una nueva custodia sobre la cosa, con ánimo de señor y dueño.

A propósito de acreditar estos elementos del tipo, han de ser consideradas las expresiones de la afectada doña P.E.S.O., en aquella parte en que señala que en la oportunidad en que sucedieron los hechos, al llegar a su domicilio advirtió que desconocidos habían ingresado a la misma por la ventana de su dormitorio, desmontando una de las hojas de la misma, y sustrayendo desde el interior un televisor AOC de 50 pulgadas y un cilindro de gas licuado marca Abastible de 15 kilos, y otras especies que no detalló en la oportunidad, especies que con posterioridad le fueron devueltas por la policía, según lo que le informaron pues el mismo sujeto que las había sustraído había indicado el lugar en que las había dejado.

En esta misma línea y corroborando la apropiación de ambas especies comparece en la audiencia el testigo V.T.H., quien conforme lo que se ha relacionado en forma previa, fue la primera persona a quien llamó la propietaria, desde que es su empleado y vive a unos 800 metros del lugar en que ocurrieron los hechos, y al llegar pudo ver la vía de acceso, esto es, la ventana sin uno de los vidrios de la hoja, y el lugar en que se encontraba el televisor de 50 pulgadas de la propietaria vació pues había sido sustraído, lo mismo que un cilindro de gas licuado de las características que ésta señalara y que se corresponde al que se describe en la acusación.

Corroboran de igual modo esta parte del tipo objetivo, las expresiones de los policías Segundo Abarca Calderón y Arturo Catalán Orrego, ambos contestes en sindicar y describir las especies que señala la afectada como sustraídas como aquellas que efectivamente resultaran apropiadas por el acusado en la oportunidad y que este mismo entregara a las pocas horas de ocurridos los hechos, lo que debe entenderse complementado por las fotografías de las especies recuperadas que mediante fueran incorporadas como otros medios de prueba N°2, mediante el sistema de compartir pantalla en la plataforma zoom, en la oportunidad en que prestara declaración el policía Catalán Orrego, y en las que fue posible apreciar el detalle de las especies sustraídas y recuperadas por carabineros y devueltas a su propietaria.

DÉCIMO: Que a priori podemos señalar que los relatos de la víctima, en esta parte se encuentran suficientemente corroborados por el testimonio de los testigos que se han relacionado en forma previa, dinámica que se ve apoyada además, por el referente gráfico de las impresiones fotográficas exhibidas en audiencia telemática e incorporadas al juicio, en las que es posible observar, los accidentes de las versiones entregadas en los detalles que unos y otros refieren con mayor o menor precisión según sus perspectivas.

Que de esta forma deviene como conclusión, que el día y hora en que ocurrieron los hechos, resultaron apropiadas desde el interior del domicilio de P.E.S.O., ubicado en XXXXX, sector del mismo nombre de la comuna de Los Muermos, las especies que se consignan en la acusación fiscal, esto es, un televisor AOC de 50 pulgadas y un cilindro de gas marca Abastible de 15 kilos.

Del conjunto de circunstancias descritas, solo se puede inferir que la apropiación verificada por el agente, tuvo lugar sin que concurriera la voluntad del afectado, quien a la sazón, al

momento en que el agente ingresó al mismo, no se encontraba en el interior por razones de orden familiar.

Que los acontecimientos así determinados, permiten concluir de un modo inequívoco, que el autor, al sustraer las especies de la esfera de resguardo de su titular, privaron a ésta, de la posibilidad de disposición sobre las mismas, radicándose correlativamente, dicho poder fáctico en él, circunstancia, esta última, de la que fluye el animus rem sibi habendi, requisito subjetivo, que complementa la apropiación.

De este modo, no habiendo sido alegada ni concurriendo en la especie, causal de justificación alguna, solo puede predicarse respecto a las acciones del agente, el carácter de antijurídicas.

Calificación jurídica

DÉCIMO CUARTO: Que los hechos relacionados en forma previa, en cuanto importan la apropiación de cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueña, verificados en un lugar destinado a la morada de su ocupante, pero que al momento de ocurrir los hechos no se encontraba en el mismo, usando de fuerza en las cosas en la modalidad que prevé el numeral 1 del artículo 440 del Código Penal, resultan constitutivos de un delito consumado de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación en la propiedad de P.E.S.O., previsto y sancionado en el artículo 440 N°1 del Código Penal, en relación con el artículo 432 del mismo cuerpo legal, perpetrado el día 10 de mayo de 2019 en la comuna de Los Muermos.

Participación

DÉCIMO QUINTO: Que teniendo como fundamentación probatoria descriptiva y valorativa la que se ha relacionado en los motivos que preceden, se puede tener como un hecho suficientemente establecido, que el acusado en el contexto temporal que ya se ha señalado en los motivos previos, realizó las acciones que se han tenido por acreditadas en forma precedente en esta sentencia, lo que en términos normativos estrictos no significa otra cosa que sostener, que estos juzgadores han llegado a la convicción - más allá de toda duda razonable - de que L.A.V.V., ha intervenido en el injusto sometido a juzgamiento, en calidad de autor, cuestión que por lo demás él no desconoce desde que así lo reconociera al momento de prestar declaración ante el fiscal de la causa en presencia de su abogado defensor, en la etapa de investigación, cuestionando solo la vía de acceso al inmueble, pero no los hechos relevantes en torno a la apropiación mediante sustracción de las especies sustraídas como su devolución posterior a la policía.

Con todo a propósito de establecer la autoría del acusado en los hechos acreditados, debe determinarse a priori, cuál ha sido el criterio que ha gobernado dicha decisión.

El concepto restrictivo-objetivo formal de autor ha sido hasta tiempos recientes el aceptado por la jurisprudencia. Este concepto se asienta en la causalidad, y exige que la contribución causal sea coincidente con la descripción típica, pudiendo entenderse como la ejecución objetivo formal de todo o parte de la acción descrita en el tipo.

Nuestro Código Penal, al menos formalmente, adhiere a un concepto restrictivo de autor puesto que diferencia entre autor y cómplice, de esta manera, no basta para ser autor la contribución causal al hecho, sino que esa aportación debe corresponderse con la descripción típica. Sin perjuicio que los números 2 y 3 del artículo 15 del sustantivo parecieran enfatizar la idea del legislador decimonónico de considerar autor a todo aquel que contribuya causalmente a la realización del hecho.

Valga adelantar desde ya que la realización del tipo parece, el criterio más seguro para la comprobación de la figura de autor, pero no desde una perspectiva objetivo- formal, sino que, en los delitos comunes hay que entenderla como tener en la mano dolosamente la complementación de la descripción típica, es decir, dominar el curso o realización del hecho. Se está entonces, ante un concepto material de autoría que entiende que el tipo lo realiza tanto el que ejecuta la acción típica en sentido objetivo-formal, como el que no la ejecuta en ese sentido, pero que tiene también el dominio de su realización.

En la actualidad la idea que se viene proponiendo, como teoría del dominio del hecho, es un criterio dominante a nivel doctrinario y jurisprudencial, que acepta –en un reducción grosera- que la figura central del suceso delictivo es quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito, mientras que los partícipes, si bien ejercen igualmente influencia en el acontecer, sin embargo no configuran de manera decisiva o determinante su ejecución. Lo dicho bastaría desde ya para aceptar, que en el caso de los delitos de homicidio y lesiones, por tratarse de una clase de delito de los denominados de “dominio”, la figura central y con ello el autor, es quien por sí solo, posee el dominio del hecho.

Lo inmediatamente precedente, en términos de Díaz y García Conlledo, citando a Roxín, a propósito del dominio de la acción, importa que: “Quien, sin estar coaccionado, y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual, realiza de propia mano todos los elementos del tipo, es autor. Tiene en todos los casos imaginables el dominio del hecho.

Asimismo, la apropiación contiene al ánimo de lucro, pues la intención del ejecutor, fue obtener una ventaja de carácter económico, mediante las acciones apropiatorias desplegadas.¹⁶

A esta parte, se encuentra entonces acreditada, la apropiación, en un lugar destinado a la habitación, de especies muebles ajenas con animus rem sibi habendi, y ánimo de lucro.

Fuerza en las cosas

UNDÉCIMO: Que por último, la adecuación típica de la figura precisa, que en la ocasión se haya ingresado al inmueble por alguna de las modalidades de fuerza que el legislador establece en el artículo 440 del Código Penal, en la especie, la hipótesis del numeral 1, a saber, que se haya ingresado por vía no destinada al efecto.

En el caso concreto, el testimonio de la propietaria P.E.S.O., es uno de los que permite asumir que para ingresar al interior del domicilio, el acusado desmontó el vidrio de una de las hojas de la ventana de madera del dormitorio de la referida, saliendo con posterioridad por la puerta de la cocina. Lo anterior deviene palmario, si se consideran el conjunto de elementos de juicio incorporados por el acusador a propósito de acreditar este extremo de la acusación.

En efecto en esta línea no pueden soslayarse las fotografías de la ventana de madera del dormitorio de la propietaria, que como otros medios de prueba N°2 se incorporaran en la audiencia, en las que claramente puede observarse no solo la hoja de la ventana de madera en la que falta el vidrio, sino que además se puede ver en la parte exterior de la vivienda, justo a escasa distancia de la ventana el mismo vidrio desmontado. No existen en el inmueble otros forzamiento, la puerta de la cocina que se encontraba abierta al llegar la propietaria, tampoco tiene evidencias de forzamiento y bueno, salvo que la propietaria acostumbrara a dormir en sin uno de los vidrios de la ventana de su dormitorio, alternativa que en consideración a las condiciones climáticas imperantes en la zona, debe ser

descartada, o en su defecto acreditada por constituir dicha alternativa un presupuesto fáctico que escapa a las máximas de la experiencia en orden a que regularmente las personas suelen mantener las ventanas de sus dormitorios con vidrios u otras superficies aislantes, con el fin de mantener sus dependencias a resguardo del frío, del viento o del ingreso de insectos u otras especies, súmese a estas consideraciones la época del año en que ocurrieron los hechos y la locación geográfica de la vivienda.

Con todo, las alegaciones de la defensa en esta parte, si bien construyéndola sobre la idea de una supuesta infracción de garantías fundamentales derivadas de actuaciones autónomas de la policía, no resulta relevante atenderlas en esta parte, por lo que ya se señaló en forma previa, pero si recordarse que al prestar declaración ante el fiscal de la causa, en presencia de su abogado defensor, reconoció no solo el ingreso al domicilio, sino que además la sustracción de las especies de las cuales se apropió, como de igual modo, la entrega de las mismas a la policía antes de que se decretara una orden de aprehensión en su contra, cuestionando solo el modo de ingreso al inmueble, esto es, alegando que no habría entrado por la ventana, sino que sin forzar elemento de seguridad alguno de dicha morada. Sin embargo, dicha exculpación no puede ser atendida desde que tal como lo afirmara el testigo V.T.H., corroborando lo dicho por la propietaria, la vivienda había sufrido un robo en el mes de enero de ese mismo año, y como consta con la prueba incorporada al juicio, atento a dicha acción delictual, se dotó al inmueble de diversas cámaras de seguridad, cuyas imágenes pudimos ver en el desarrollo de la audiencia, y al agente manipulándolas precisamente en aquella que tenía la vista hacia el sector de la ventana del dormitorio de la afectada. En esta línea, qué sentido podría tener demorar alrededor de 25 minutos para cubrir el lente de la cámara que apunta a un sector que no será ocupado como vía de acceso, lo cierto es que esta pregunta no tiene respuesta, y si bien no decide el asunto, complementa los demás elementos de juicio que permiten derivar sin equívoco alguno, que la vía de acceso, fue la ventana del dormitorio de la afectada y no la puerta de la cocina u otra puerta o ventana del inmueble.

Agregaremos en esta parte de igual modo, las declaraciones del policía Arturo Catalán Orrego, a cuya instancia compartiendo pantalla por la plataforma zoom, se incorporaron como otros medios de prueba N°2, 13 imágenes que incluyen una imagen satelital del sitio del suceso, 17 fotografías del sitio del suceso y especies recuperadas, y 5 capturas de imágenes de grabaciones de cámaras de seguridad; como otros medios de prueba N°3, un Set de 6 imágenes que incluyen 4 fotografías comparativas del sitio del suceso, una fotografía del emplazamiento de cámara de seguridad y una captura de video de cámara de seguridad; como otros medios de prueba N°4, dos archivos de video contenidos en DVD-R marca maxell. NUE 1866463; como otros medios de prueba N°5, un set de 10 capturas de imágenes extraídas de grabaciones de cámara de seguridad; como otros medios de prueba N°6 Un set con 4 fotografías de evidencia incautada y como otros medios de prueba N°7 Un set de 8 fotografías comparativas entre capturas de grabaciones y evidencia incautada.

No es algo distinto lo que sostiene el policía que realizó las primeras diligencias en el sitio del suceso, esto es, el carabinero Segundo Abarca Calderón, en orden a que la vía de ingreso al inmueble fue la ventana del dormitorio de la afectada.

Como se viene diciendo, todas las versiones fueron debidamente contextualizadas con las fotografías del sitio del suceso exhibidas en pantalla compartida por la plataforma zoom, e incorporadas con los reconocimientos respectivos, las que por lo demás, tanto la afectada como los testigos fueron dando cuenta según sus perspectivas y conocimiento de los hechos. Con todo, en las fotografías fue posible apreciar por el tribunal, el vidrio

desmontado de una de las hojas del dormitorio, como las cámaras de seguridad respectiva y las labores y el arduo trabajo que se tuvo que desplegar justo la que se encontraba o tenía una visión completa de la vía de ingreso.

Así conforme con lo señalado en forma previa, se encuentra procesalmente establecido, que la forma de acceder a la casa habitación del XXXXX, ubicado en el sector del mismo nombre de la comuna de Los Muermos, fue mediante la fractura de una de las hojas de la ventana del dormitorio de la propietaria, lugar desde el cual el acusado logró acceder al interior de la casa, donde procedió a efectuar labores de registro y con posterioridad sustraer el televisor y el cilindro de gas licuado de P.E.S.O.

De esta manera, solo puede concluirse, que el modo utilizado por el acusado, para acceder al interior del inmueble, se advierte como una vía no destinada para dichos efectos por sus habitantes, pues de regular los moradores para acceder a su casa, no fracturan los vidrios de sus ventanas ni escalan las mismas una vez abierta, sino que utilizan las llaves de la puerta principal, y en tal premisa, fracturar una ventana, constituye, conforme lo expresa el profesor Garrido Montt, la primera forma de fuerza que menciona el legislador, en el artículo 440 N°1, particularmente, la que se contiene en la segunda parte de dicha norma, esto es, la efracción o fractura de puertas o ventanas, que consiste en romper parte de ellas, sea violentamente o por medios más diestros, como desatornillarlas o librarlas de sus soportes.¹⁷

Hechos acreditados

DUODÉCIMO: Que de esta forma podemos concluir que con el mérito de la prueba producida e incorporada al juicio, apreciada en forma libre por el Tribunal, pero respetando los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, se pudo establecer que el día 10 de mayo de 2019, alrededor de las 18:00 horas, L.A.V.V. concurrió hasta XXXXX, ubicado en el sector La Paloma, comuna de Los Muermos, dirigiéndose a la casa habitación de doña P.E.S.O., lugar donde sacó de su marco un vidrio de la ventana de un dormitorio e ingresó por esa vía no destinada al efecto a la casa, registrando sus dependencias en búsqueda de especies de valor, sustrayendo un televisor AOC de 50 pulgadas y un cilindro de gas marca Abastible de 15 kilos, huyendo del lugar con dichas especies muebles, apropiándose de las mismas con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueña.

Antijuridicidad

DÉCIMOTERCERO: Sin perjuicio de los hechos que se han tenido por acreditados, y con ellos la tipicidad objetiva y subjetiva de los mismos, no es menos cierto, que la tipicidad solo es indiciaria de la antijuridicidad, por lo que deberá determinarse en concreto, si en la especie, las acciones desplegadas por el ejecutor, se encuentra amparada por una causal de justificación o bien su accionar ha resultado derechamente antijurídico, entendiéndose por antijuridicidad, aquel disvalor de que es portador un hecho típico que contradice las normas de deber contenidas en el ordenamiento jurídico. aquí del prototipo de la autoría, de la expresión más patente de la figura central, de una constelación en que se superponen de modo incuestionable 'la concepción natural de la vida' y la valoración del legislador. No se puede dominar un hecho de forma más clara que cuando uno mismo lo hace; no se puede tener en las manos nada de una forma más firme que a través de la actuación de propia mano."²⁰

Si bien la tesis del domino de la acción, en cuanto esta se refiere a la realización directa del tipo doloso, es decir, a la realización final y por propia mano de todos los elementos del tipo

objetivo, y por ello constituye el criterio de imputación objetiva preferente respecto al ejecutor de todo hecho típico, normalmente en los casos en que existan más de un ejecutor con un acuerdo común, este supuesto suele consignarse como coautoría. En esta misma línea de postulados se deja la denominación de simple autoría accesoria, para la misma hipótesis pero sin la existencia de un acuerdo en común.

No obstante, parte de la doctrina, y a ellos nos sumamos en este capítulo del juzgamiento, suele preferir el uso del término “coautoría” para significar aquellos casos en que ninguno de los intervinientes tiene el completo dominio de la acción, sino sólo un dominio funcional - división de funciones - del hecho. Así la teoría del dominio funcional del hecho, constituye el criterio de imputación a los coautores y alude, por tanto, a la concurrencia de varias personas en la realización del hecho, según división de funciones de carácter necesario, irremplazable e imprescindible, acordadas en común, antes o durante la realización. Alternativas todas que en la especie no resultan pertinentes pues se trata de una sola agente la que ha desarrollado todas las acciones ejecutivas que demandan los tipos penales en cuestión.

En esta idea, y de acuerdo a los elementos de juicio incorporados a la audiencia, teniendo en especial consideración en ello, las dinámicas atribuidas al acusado, como la que deriva de la demás prueba de cargo ya relacionada y valorada, es que podemos predicar que se encuentra suficientemente acreditado que L.A.V.V., es autor en términos simples del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, porque ha tenido dolosamente en sus manos el curso del suceder típico del ilícito y en este sentido es autor.

Debemos en esta parte hacernos cargo de parte de las alegaciones de la defensa técnica en orden a que la inculpación que verifica en forma inmediata tras ver las primeras imágenes de las cámaras de seguridad la propietaria devendría de una ánimo de revancha que ella tendría con el acusado en razón de que este le habría demandado en la inspección del trabajo, incorporando para dichos efectos mediante su lectura como prueba documental N°1, un contrato de trabajo entre su defendido y la víctima de fecha 01 de noviembre del año 2017; N°2, un Finiquito no suscrito por los intervinientes entre su defendido y la víctima de fecha 06 de noviembre de 2018 y N°3, un reclamo ante la Inspección del Trabajo de Puerto Varas de fecha 4 de diciembre de 2018. Lo cierto es que ninguno de estos documentos, tienen la propiedad de constituir una duda razonable respecto a las acciones que el mismo acusado reconoce haber efectuado, pues lo único que puede derivar del contenido de esos documentos, es lo mismo que la propietaria señaló al respecto, y que sin perjuicio de haber ofrecido al trabajador la suma de 700 mil, para finiquitarlo, este no lo aceptó la demandó y al final pagó la suma que este señala, pero el asunto quedó terminado allí. Que por cierto esta alegación es absolutamente inconsistente con lo que el mismo acusado señaló al declarar ante el Ministerio Público en compañía de su abogado defensor, como es, el hecho de haber ingresado al interior del inmueble y sustraído las especies, derivando de ello, como algo ineludible, que la propietaria no miente, al sostener que al verlo en las cámaras pudo advertir que se trataba precisamente del acusado.

Nada aporta en este mismo sentido, lo declarado en la sala virtual por el policía Pablo Solís Cofre, encargado de hacerse cargo de la tesis expuesta por el acusado al declarar ante el fiscal del caso, en presencia de su abogado defensor, y que buscaba desvirtuar el vencimiento de la esfera de resguardo en la hipótesis propuesta en la acusación, como asimismo el haber actuado motivado con un ánimo de venganza derivado de la forma en que fue despedido por la propietaria de su anterior trabajo. El funcionario de carabineros, sostuvo lo que ya se ha señalado en forma previa, esto es, que L.A.V.V. recibió vía

inspección del trabajo la suma de 350 mil pesos a título de finiquito por parte de la afectada en estos antecedentes, no quedando materias pendientes en este sentido.

Finalmente sin perjuicio que no se expuso con claridad suficiente la teoría de la defensa técnica en esta parte, en el evento de haber querido decir que el acusado actuó con ánimo de hacerse pago, lo cierto es que está largamente resuelto en doctrina, que el ánimo de hacerse pago, es ánimo de lucro en los términos del artículo 432 del sustantivo y por lo tanto no obsta a la calificación jurídica que se ha dado a los hechos y a la autoría que se viene resolviendo.

DÉCIMOSEXTO: Que habiéndose hecho referencia en el fallo, a la declaración del acusado, como elemento probatorio, es necesario señalar, que si bien el Código Procesal Penal, regula el testimonio de los imputados como medio de defensa, erradicando con ello, dicha declaración como medio de prueba, confesión en la especie, nada impide que, en la medida que el acusado reconozca en el juicio parte o la totalidad de los hechos que le son imputados, el tribunal valore sus dichos como prueba.

Lo anterior encuentra su sustentó, en el artículo 295 del estatuto Procesal, en cuanto dispone, que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la solución del caso pueden ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley, medios que, a su turno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 del citado texto, pueden ser valorados con entera libertad, siempre que no se contradigan los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Asimismo, el artículo 340 inciso final del mencionado estatuto, establece que nadie puede ser condenado con el solo mérito de su propia declaración, de lo que deviene necesariamente, que la ley prevé la posibilidad de otorgar valor a la declaración del acusado, con la limitación de que ésta, por sí misma, no sostenga una sentencia condenatoria.

Culpabilidad

DÉCIMO SÉPTIMO: Que establecido en el caso de marras, la tipicidad objetiva y subjetiva de los acontecimientos, la antijuridicidad de las acciones ejecutadas por el acusado, como su participación, no basta ello, para ejercer sobre el autor, el ius puniendi estatal, sino que se debe establecer su culpabilidad, esto es, que se les pueda reprochar su actuar, porque en definitiva pudiendo haber adoptado una conducta conforme a derecho no lo hizo.

Condictio sine qua non para ser declarado culpable, es tener la calidad de imputable, es decir, haber tenido la capacidad de comprender, al momento de los hechos, las acciones que se ejecutaban, y haber dirigido sus actos conforme a esa comprensión. La exclusión de imputabilidad, debe verificarse entonces, conforme a las reglas generales, con la acreditación de alguno de los presupuestos que regulan los distintos numerales del artículo 10 del Código Penal. Sin embargo, estos juzgadores, conforme a la prueba incorporada en audiencia, no han logrado establecer ninguna de dichas causales, las que tampoco fueron alegadas por la defensa.

Que sin perjuicio de lo que se viene sosteniendo, a efectos de culpabilidad, aún no basta con que el agente sea imputable, sino que además se requiere, que éste comprenda la ilicitud de sus actos, que se enteren en forma íntima que actúa ilícitamente, requisito que en el caso del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, que ha convocado esta audiencia, estos juzgadores lo tienen por concurrente, pues el bien

jurídico propiedad, es de notoria y antigua protección por el ordenamiento jurídico, tanto así, que cualquier individuo de la especie humana, que viva en sociedad, sabe que desmontar el vidrio de una ventana e ingresar por allí a un domicilio y sustraer especies desde el interior, constituyen acciones prohibidas y penadas por la ley.

De este modo, siendo la base de la ilicitud, de una evidencia elocuente, y no habiéndose alegado por la defensa un error de prohibición, u otra causal de inexigibilidad de la conducta, o que libere de culpabilidad a su representado, alternativa que estos juzgadores como se viene expresando, tampoco advierten, es que se concluye que los actos desplegados por el acusado les resultan reprochables, o dicho en términos normativos, conforme a la teoría general, imputables a título de culpabilidad.

Circunstancias modificatorias de responsabilidad.

DECIMO OCTAVO: (Atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal)

La defensa técnica del acusado a requerido se considere en su favor, la circunstancia atenuante de responsabilidad contemplada en el artículo 11 N°9 del Código Penal, esto es, haber colaborado substancialmente con el esclarecimiento de los hechos. La petición guarda relación con las actuaciones desarrolladas por el acusado en la etapa de investigación, en las que sin contar con presencia de abogado, confesó su participación en los hechos apenas horas después de cometido el mismo, lo que ratificó en una declaración que con posterioridad prestaría ante el Ministerio Público, en la que solo expuso como diferencia con la primera, la modalidad de ingreso, manteniendo el reconocimiento de los demás elementos típicos y su participación. Que a esta petición no se opone el acusador institucional, ponderando la intervención del acusado en la etapa de investigación, como una intervención que colaboró desde su perspectiva, esencialmente al esclarecimiento de los hechos.

Que este cúmulo de antecedentes autoincriminatorios, al menos fáctica y probatoriamente, convierten los atestados del agente en una colaboración, que no puede ser considerada sino al menos relevante, o dicho en términos normativos, substancial.

A las circunstancias fácticas descritas, se debe agregar, que la norma en cuestión fue modificada en su redacción primitiva, a fin de adecuarla al nuevo proceso penal, ya que la anterior, según puede recordarse exigía para su consideración que “Contra el procesado no existieran otros antecedentes que su espontánea confesión”, expresiones que la tornaban prácticamente inaplicables en el anterior sistema, e inviable en el actual, por no constituir la declaración del acusado, un medio de prueba sino un medio de defensa, según aparece del artículo 98 del Código Procesal Penal. Como fueren las cosas, la decisión legislativa, ha apuntado en todo caso, en uno u otro evento, a significar que la alteración al régimen normal de penalidad, que permite esta morigerante, descansa sobre un elevado estándar de colaboración, determinante si se quiere, pero bajo ningún concepto, se ha pretendido indicar que ella deba eruirse como la única o elemental prueba, en contra de quien coopera, sino que su sustancialidad debe ser establecida, a la luz de las demás probanzas reunidas, como de la naturaleza, accidentes y circunstancias fácticas del hecho concreto que es sometido a decisión del Tribunal, como asimismo la oportunidad en que ha sido prestada.

Que a las consideraciones objetivas que se han consignado, se debe agregar obligatoriamente la perspectiva de la fundamentación última de la minorante, debiendo considerarla en su íntima conexión con las atenuantes de responsabilidad criminal contempladas en los numerales 7 y 8 del artículo 11 del estatuto punitivo, en cuanto todas

extraen su contenido fáctico, del comportamiento posterior del delincuente, y que se vinculan en el caso del numeral 7, al favorecimiento de la víctima, y en eventos del numeral 8 y el presente, en razones de política criminal, vinculadas a la acción de la justicia que se ve favorecida con la cooperación prestada por el infractor.²²

Que en esta contextualidad, el favorecimiento a la acción de la justicia, y con ello el telos y principal referente de la figura, radica esencial y necesariamente, en las acciones que realiza el agente, con posterioridad al hecho ilícito, y que miren al cumplimiento de dicho fin. No son otros los requisitos que puedan o deban ser exigidos al acusado, sin perjuicio del elevado estándar que se ha consignado con precedencia.

Que la suma de antecedentes expuestos, permiten concluir que las declaraciones del imputado se erigieron como elementos relevantes y que inequívocamente colaboraron esencialmente en las labores de persecución penal que desplegó el Ministerio Público, características todas, que en consecuencia, la elevan a la categoría de esencial, en el contenido fáctico y normativo que el legislador ha pretendido para estimar como concurrente la atenuante invocada, la que así será considerada al momento de determinar el quantum de castigo que se imponga al acusado.

DÉCIMO NOVENO: (atenuante calificada del 456 del Código Penal) La defensa, al amparo de las actuaciones desarrolladas por su representado al momento de ser confrontado por la policía en relación a la participación que le cabía en los hechos de la causa, esto es a pocas horas de su ejecución delictual, se entregó a confesar la misma, y dio a conocer el lugar exacto en que se encontraban las especies sustraídas. Esta secuencia temporal fue descrita total y plenamente por el funcionario de la SIP de carabineros Arturo Catalán Orrego, quien corrobora que el acusado indicó el lugar en que se encontraban las especies y estas fueron recuperadas antes que se librara una orden de detención en su contra. Especies que posteriormente fueron entregadas a su propietaria, conforme a lo que ella misma de igual modo dijera en la sala virtual.

Que los presupuestos fácticos que se describen se ajustan necesarios a la regla atenuatoria que se reclama, esto es, la del artículo 456 del sustantivo, cuando refiere que “Si antes de perseguir al responsable o antes de decretar su prisión devolviera voluntariamente la cosa robada o hurtada, no hallándose comprendido en los casos de los arts. 433 y 434, se le aplicará la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito.”

La norma en sanción, es tributaria de la redacción originaria de nuestro código adjetivo, y fue tratada sin mucha discusión en las sesiones N°95 de 17 de junio de 1872, y N°165 de 4 de julio de 1873 en la Comisión Redactora.

Es pacífico aceptar que la finalidad de esta atenuante es de política criminal, de igual modo que la de los numerales 7, 8 y 9 del artículo 11 del sustantivo, y que busca, servir de incentivo para disminuir el daño sufrido por la víctima.

La tesis dominante desde la jurisprudencia como de la doctrina en el antiguo sistema, aceptaba que el momento hasta el cual el agente podía devolver la especie sustraída, para beneficiarse con la atenuante, era la oportunidad en que se le sometía a proceso. En el actual sistema procesal la tesis mayoritaria acepta como momento límite el de la formalización de la investigación, en el procedimiento ordinario, o el del requerimiento, en el procedimiento simplificado o en el Monitorio. Las tesis más restrictivas, sitúan este momento antes de que se decrete una orden de aprehensión en contra del agente.

En el caso que nos ocupa, tanto la tesis amplia como la restringida permiten aceptar la atenuación demandada por la defensa respecto del acusado L.A.V.V., y en esa

consecuencia entonces, estos juzgadores, harán lugar a dicha petición, rebajando la sanción base en un grado a la señalada por la ley al delito.

Determinación de la Pena

VIGÉSIMO: Que se ha establecido que al acusado le ha correspondido participación en calidad de autor en un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, previsto y sancionado en el artículo 440 N°1 del Código Penal, en grado de ejecución consumado, de modo que la pena aparejada al mismo es la de presidio mayor en su grado mínimo.

Que como quedó establecido concurre a su respecto la circunstancia atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 456 del Código Penal, minorante que tiene el carácter de calificada, pues no concurre a la compensación racional, y que conforme a su tenor literal, obliga a los juzgadores a aplicar la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito, en la especie presidio menor en su grado máximo, corrigiendo de este modo el marco sancionatorio aplicable en el caso concreto.

Que en el marco penal referenciado, para los efectos de la determinación de la pena se estará a lo preceptuado en el artículo 449 del Código Penal que al efecto dispone: "Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:

1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.

Que en la especie concurre la circunstancia atenuante de responsabilidad contemplada en el artículo 11 N°9 del Código adjetivo, por lo que al momento de establecer la sanción correspondiente, el tribunal la determinará en el piso del quantum impuesto por el legislador para el ilícito.

Que en parecer de estos sentenciadores, la penalidad aplicada al caso concreto, equilibra la gravedad de la infracción, con la gravedad de la pena, dota de contenido al concepto de libertad, entendida ésta como una opción valorativa de realización preferente; se corresponde con la entidad del daño o puesta en peligro de los bienes jurídicamente involucrados, considera los efectos de la sanción sobre el condenado, tiende a cumplir los fines que persigue la pena, humanizando el derecho y respeta el principio de proporcionalidad. Que si bien es cierto, los principios constituyen mandatos de actuación para la realización del contenido de un determinado valor, que está dirigido fundamentalmente al legislador, -como autor normativo- no es menos efectivo, que éste no es su destinatario exclusivo, ya que en virtud del principio de inexcusabilidad también los jueces, en cuanto intérpretes y aplicadores de la ley, son responsables del caso concreto, y con ello de la consolidación del cuadro de valores superiores que definen nuestro ordenamiento jurídico, donde por cierto el principio de proporcionalidad de las penas, goza de buena salud al amparo del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, en su obligada relación con el artículo 1, 5.1, 5.2, 5.3 y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 5.2 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Costas

VIGESIMO PRIMERO: Se eximirá al acusado del pago de las costas de la causa, atendido la facultad que el inciso final del artículo 47 del Código Procesal Penal confiere al Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, circunstancias que de igual modo deben ser complementadas por el contenido del artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales, al estar defendido por la Defensoría Penal Pública.

Ley 19.970

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que el acusador requirió se diera cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 19.970, petición que formulada en esta sede, debe entenderse en relación al inciso segundo de dicha normativa, esto es, que durante la etapa de investigación no se determinó la huella genética del acusado.

Que encontrándose en la especie, el ilícito por el que se viene condenando al referido, esto es, robo con fuerza, dentro de los que prevé la letra a) del inciso segundo del artículo 17 de la ley 19.970, y no habiéndose determinado su huella genética durante el procedimiento criminal, se accederá a la petición del Ministerio Público, disponiéndose su determinación, previa toma de muestras biológicas, a fin de que se incluya en el Registro de Condenados, lo que deberá cumplirse en la etapa de ejecución del presente fallo

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°9, 14, 15 N°1, 18, 24, 25, 26, 29, 47, 50, 67, 69, 432, 440 N°1 y 456 del Código Penal, y artículos

45, 47, 85, 89, 295, 296, 297, 329, 330, 331, 332, 340, 342, 343, 344, 346 y 468 del

Código

Procesal Penal; artículos 5, 19 N°3 y 7 de la Constitución Política de la República; artículo 1, 5.1, 5.2, 5.3 y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 5.2 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículos 1 y siguientes de la ley 18.216, se declara:

I.- Que se CONDENA al acusado L.A.V.V., ya individualizado, a la pena de TRES AÑOS Y UN DIA de presidio menor en su grado máximo, en calidad de autor del delito consumado de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación en la propiedad de P.E.S.O., cometido en el interior XXXXX, sector del mismo nombre, de la comuna de Los Muermos, el día 10 de mayo de 2019.

II.- Que se le condena además, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

III.- Que atendida la extensión de las penas privativas de libertad determinada, y las temporalidades de las condenas pretéritas que registra L.A.V.V. en su extracto de filiación, no resulta procedente la sustitución de la sanción corporal impuesta, por ninguna de aquellas penas que establece la Ley N°18.216 y, en consecuencia el condenado, deberá cumplirla, íntegra y efectivamente, debiendo considerarse en su favor, como abono los días que ha permanecido privado de libertad por estos hechos, esto es, un total de cuatrocientos noventa y siete días, (497) según aparece del certificado del ministro de fe de este tribunal.

Que no se condena en costas al acusado de acuerdo a los fundamentos expuestos previamente.

Ejecutoriado que sea el presente fallo dese cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 17 de la ley 19.970, en la forma y de acuerdo a los fundamentos expuestos en lo considerativo de esta resolución.

Regístrese y comuníquese al Juzgado de Garantía de Los Muermos para la ejecución de lo resuelto, y en su oportunidad archívese.

Devuélvase al Ministerio Público y a la defensa, los documentos y otros medios de prueba incorporados en la audiencia del juicio oral.

Redacción del magistrado Jaime Rojas Mundaca.

DICTADA POR LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE PUERTO MONTT, INTEGRADA POR LOS JUECES TITULARES DON ANDRES VILLAGRA RAMIREZ, DOÑA PATRICIA MIRANDA ALVARADO, Y DON JAIME ROJAS MUNDACA

INDICES

Tema

Ubicación

Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal	p.45-65
Faltas	p.3-4
Interpretación de la ley penal	p.20-44
Juicio Oral.	p.20-44; p.45-65
Ley de medidas alternativas a la privación/restricción de libertad.	p.3-4
Principios y Garantías del Sistema Procesal en el CPP	p.5-16
Prueba.	p.17-19
Recursos.	p.3-4; p.5-16; p.17-19
Tipicidad	p.20-44

<i>Descriptor</i>	<i>Ubicación</i>
Amenazas	p.5-16
Atenuante muy calificada	p.45-65
Autor	p.45-65
Confesión	p.17-19
Declaración del imputado	p.45-65
Delito frustrado	p.20-44
Derecho probatorio	p.17-19
Desacato	p.5-16
Determinación de la pena	p.5-16
Garantías	p.17-19
Juicio Oral	p.5-16
Lesiones menos graves	p.3-4
Ley de Violencia intrafamiliar	p.5-16
Penas privativas de libertad	p.45-65
Prescripción de la pena	p.3-4
Principio de legalidad	p.20-44
Pruebas	p.17-19
Recurso de apelación	p.3-4
Recurso de Nulidad.	p.5-16 ; p.17-19
Remisión condicional de la pena	p.3-4
Robo con fuerza en las cosas	p.45-65
Sentencia condenatoria.	p.45-65
Sustracción de menores	p.20-44
Tribunal Oral en lo Penal	p.45-65
Valoración de la prueba.	p.20-44

<i>Norma</i>	<i>Ubicación</i>
CP ART. 142 N°2	p.20-44
CP ART. 21	p.3-4
CP ART. 449.	p.45-65
CP ART. 456	p.45-65
CP ART. 494 N°16.	p.20-44
CP ART. 97.	p.3-4

CPP 342 c	p.5-16
CPP 374 e	p.5-16
CPP ART. 297 N°3	p.17-19
CPP ART. 340	p.17-19
CPP ART. 342 c	p.17-19
CPP ART. 373 b	p.5-16
CPP ART. 374 e	p.17-19
L18216 ART. 4 b	p.3-4
L18216 ART. 5	p.3-4
L20066	p.5-16

Delito Ubicación

Amenazas simples contra personas y propiedades.	p.3-4
Amenazas simples en el contexto de violencia intrafamiliar; Incendio de lugar destinado a servir de morada; Desacato en contexto de violencia intrafamiliar.	p.5-16
Coacciones mediante violencia.	p.20-44
Receptación.	p.17-19
Robo Con fuerza en las cosas en lugar habitado.	p.45-65
Robo con violencia e intimidación	p.17-19
Sustracción de menor	p.20-44

Defensor Ubicación

Marta Carol Munzenmuyer Machado.	p.17-19
Boris Sanhueza Aguilar	p.20-44
Polux Lemat Monde.	p.45-65
Pablo Castro Ruz.	p.5-16
Claudio Herrera Reyes.	p.3-4 ; p.20-44 ; p.45-65